

**Die Berücksichtigung des Geschäftswertes bei
Ermittlung des Auseinandersetzungsguthabens
eines Gesellschafters einer offenen Handels-
gesellschaft, eines Kommanditisten
und eines stillen Gesellschafters**

Inaugural-Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines Doktors
der Rechtswissenschaften (Dr. jur.)

von

Klaus Offerhaus

Gerichtsreferendar aus Mannheim

1961

**Die Berücksichtigung des Geschäftswertes bei
Ermittlung des Auseinandersetzungsguthabens
eines Gesellschafters einer offenen Handels-
gesellschaft, eines Kommanditisten
und eines stillen Gesellschafters**

Inaugural-Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines Doktors
der Rechtswissenschaften (Dr. jur.)



von

Klaus Offerhaus

Gerichtsreferendar aus Mannheim

1961

Berichterstatter:

Professor Dr. Horst Bartholomeyczik

Professor Dr. Johannes Bärmann

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 1961

Meinen lieben Eltern
in aufrichtiger Dankbarkeit
gewidmet



Digitized by the Internet Archive
in 2026

	Seite:
A) Einleitung	1
B) Rechtliche Grundlagen des Ausein- setzungsguthabens	2
I. Möglichkeiten des Ausscheidens aus einer fortbestehenden Gesellschaft	2
1.) Ausscheiden aus einer oHG	2
2.) Ausscheiden aus einer KG	8
3.) Auflösung einer stillen Gesellschaft	8
II. Die Auseinandersetzung	11
1.) Die Auseinandersetzung bei der oHG	12
2.) Die Auseinandersetzung bei der KG	15
3.) Die Auseinandersetzung bei der stillen Gesellschaft	15
C) Der Geschäftswert	17
I. Wesen und Begriff	17
II. Elemente des Geschäftswertes	20
III. Abgrenzung des Geschäftswerts zu den stil- len Reserven und schwebenden Geschäften	26
1.) Die Abgrenzung zu den stillen Reserven	26
2.) Die Abgrenzung zu "schwebenden Geschäften"	27
IV. Die Berechnung des Geschäftswertes	30
1.) Die direkte Methode	32
a) Die Ansicht Müllers und Berliners	32
b) Die Ansicht des Reichsgerichts	33
c) Das Umsatzverfahren	34
2.) Die indirekte Methode	36
a) Beziehungswerte	37
aa) Der Zukunftsertragswert	37
α) Die Vergangenheit als Hilfswert	37
β) Die Korrektur des Ver- gangenheitsgewinnes	41
γ) Der Kapitalisierungszinsfuß	42
δ) Die Existenzdauer des Unternehmens	45

bb) Der Gesamtwert	48
cc) Der Substanzwert	50
α) Der Anschaffungswert	50
β) Der Buchwert	51
γ) Der Liquidationswert	51
δ) Der Reproduktionskostenwert	51
b) Der Geschäftswert	53
3.) Das "Berliner Verfahren"	54
4.) Das "Stuttgarter Verfahren"	54
5.) Das Leistungsvergleichsverfahren	55
6.) Stellungnahme zu den verschiedenen Verfahren der Geschäftswertberechnung	56
a) Stellungnahme der Rechtsprechung	56
b) Stellungnahme der Literatur	57
c) Eigene Stellungnahme	58
7.) Der negative Geschäftswert	59
D) Der Anteil am Geschäftswert innerhalb des Auseinandersetzungsguthabens	62
I. Der Anspruch auf Beteiligung am Geschäftswert	62
1.) Der Anspruch auf den Geschäftswert im allgemeinen	62
2.) Der Anspruch der einzelnen Gesellschafter	66
a) Der Anspruch des Gesellschafters einer OHG	66
aa) Der geschäftsführende Gesell- schafter einer OHG	66
bb) Der nicht geschäftsführende Gesellschafter einer OHG	66
b) Der Anspruch des Komplementärs	71
c) Der Anspruch des Kommanditisten	71
aa) Der geschäftsführende Kommanditist	72
bb) Der nicht geschäftsführende Kommanditist	74
d) Der Anspruch des stillen Gesell- schafters	76
aa) Der nicht geschäftsführende stille Gesellschafter einer typischen stillen Gesellschaft	79

bb) Der geschäftsführende stille Gesellschafter einer typischen stillen Gesellschaft	88
cc) Der nicht geschäftsführende stille Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft	89
dd) Der geschäftsführende stille Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft	91
II. Der Anspruch auf Beteiligung am Geschäfts- wert bei Eintritt in eine bestehende Unternehmung	93
III. Die Berechnung des Anteils am Geschäfts- wert	96
1.) Die Betrachtung der Verteilungs- schlüssel unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten	97
a) Die Verteilung nach der Zahl der Gesellschafter	97
b) Die Verteilung nach Kapitalkonten	98
c) Die Verteilung nach Gewinnanteilen	99
2.) Die Betrachtung der Verteilungs- schlüssel unter rechtlichen Ge- sichtspunkten	99
a) Die Verteilung nach Kapitalkonten	99
b) Die Verteilung nach Gewinnanteilen	100
3.) Die Berechnung des Anteils am Ge- schäftswert bei wechselndem Gewinn- verteilungsschlüssel	104
4.) Der Verlustverteilungsschlüssel	105
E) Weitere Einzelheiten betreffend die Ermitt- lung des Geschäftswertes	106
I. Die an der Aufstellung der Auseinander- setzungsbilanz beteiligten Personen	106
II. Der Stichtag für die Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz	108
III. Der Zeitpunkt der Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens	108
F) Zusammenfassung	110

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

I. Bücher

- Aulinger Die atypische stille Gesellschaft, Schriftenreihe des Instituts der Wirtschaftsprüfer, Band 9, Düsseldorf 1955
- Bandasch Kommentar zum Handelsgesetzbuch, mitbearbeitet von Böckel und Benseler, Darmstadt 1960
- Baumbach-Duden Kurzkommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., München und Berlin 1961, Zitiermethode: Duden
- Berliner Die Vergütung für den Wert des Geschäfts bei dessen Übergang in andere Hände, Hannover 1912
- Buchwald-Tiefenbacher Die zweckmäßige Gesellschaftsform nach Handels- und Steuerrecht, Heidelberg 1960
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch, 2. Band, 2. Hälfte, 3. Aufl., erläutert von Flechtheim, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
- Enneccerus-Lehmann Schuldrecht, 2. Band, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Münster 1958
- von Gierke, Julius Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, 8. Aufl., 1958
- Haupt-Reinhardt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952
- Heymann-Kötter Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 20. Aufl., Berlin 1950
- Hueck, Alfred Unkörperliche Geschäftswerte, Diss. Münster 1913
- Hueck, Alfred Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1951
- Hueck, Alfred Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., München und Berlin 1959
- Hueck, Goetz Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958
- Hülsebusch Die stille Gesellschaft und der Konkurs der Gesellschafter, Diss. 1933 in Kleine Schriften zum Recht der Handelsgesellschaften, Band 3 Nr. 13
- Kobs Austritt aus Personalgesellschaften, Herne-Berlin 1959

Koehler	Die Auseinandersetzung in der offenen Handelsgesellschaft, Berlin 1941
Koenige-Teichmann-Koehler	Handausgabe zum Handelsgesetzbuch, 1.Band, 4.Aufl., Berlin 1936
Koenigs	Die stille Gesellschaft, Berlin 1961
Kolbe	Gesamtwert und Geschäftswert der Unternehmung, Köln-Opladen 1954
Lackmann	Theorien und Verfahren der Unternehmensbewertung, Berlin 1959
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 2.Band, Bes.Teil, 4. Aufl., München und Berlin 1960
Lehmann	Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1959
Mellerowicz	Der Wert der Unternehmung als Ganzes, Esßen 1952
Möhle	Die Personalgesellschaft, 2. Aufl., Stuttgart 1957
Mohr	Bilanz und immaterielle Werte, Berlin und Wien 1927
Müller	Die kaufmännische Erfolgsrechnung, Berlin 1915
Neufeld-Schwarz	Kommentar zum Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, 1.Band, Berlin 1931
Palandt	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 20.Aufl., München und Berlin 1961
Paquin	Das Problem der Auflösung und Forterhaltung der offenen Handelsgesellschaft, Diss. 1935 in Kleine Schriften zum Recht der Handelsgesellschaften, Band 5 Nr.10
Paulick	Handbuch der stillen Gesellschaft, Köln 1959
Potthoff-Zintzen	Die Gesellschaftsverträge der Personalgesellschaften, 2.Aufl., Köln-Opladen 1953
Reichsgerichtsräte-kommentar	zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2.Band, 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960
Reichsgerichtsräte-kommentar	zum Handelsgesetzbuch, 2.Band, 2.Aufl., kommentiert von Weipert, Berlin 1950 Zitiermethode: Weipert
Renaud-Laband	Das Recht der stillen Gesellschaft, Heidelberg 1885
Sänger	Die stille Gesellschaft, Mannheim, Berlin, Leipzig 1924

- Schlegelberger-
Hefermehl-Hilde-
brandt-Geßler Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Band,
4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1960
Zitiermethode: Schlegelberger-Hildebrandt
2. Band, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt
1955
Zitiermethode: Schlegelberger-Geßler
- Schmalenbach Die Beteiligungsfinanzierung, 7. Aufl.,
Köln und Opladen 1949
- Schmitt Handelsbilanz und Steuerbilanz der of-
fenen Handelsgesellschaft, Berlin
und Frankfurt 1957
- Schubert Die rechtliche Stellung des aus einer
offenen Handelsgesellschaft ausschei-
denden Gesellschafters, Diss. Bonn 1930
- Schumann Handelsrecht, 1. Band, Wiesbaden 1954
- Schwärzel Über das Problem des Unternehmensmehr-
oder minderwertes und seine Bilanzierung,
Diss., Erlangen 1937
- Schwarze Die Vermögensauseinandersetzung beim
Ausscheiden eines Gesellschafters aus
einer Personalgesellschaft, Leipzig 1937
- Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
2. Band, 8. Aufl., Stuttgart-Köln 1952
- Starke Offene Handelsgesellschaften, Komman-
ditgesellschaften und stille Gesell-
schaften von der Errichtung bis zur
Auflösung, Berlin und Leipzig 1928
- Staub-Koenige-
Pinner-Bondi Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Band
12. und 13. Aufl., Berlin und Leipzig
1926
Zitiermethode: Staub-Pinner
2. Band, 12. und 13. Aufl., Berlin
und Leipzig 1926
Zitiermethode: Staub-Pinner
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
11. Aufl., II. Band, 4. Teil, erläutert
von Keßler, Berlin 1958
- Steiner Die offene Handelsgesellschaft und die
Kommanditgesellschaft in der deutschen
Wirtschaft, Tübingen 1950
- Sudhoff Der Gesellschaftsvertrag der Personal-
gesellschaften, München und Berlin 1959
- Turba Ausscheiden und Abschlachtung eines Per-
sonalgesellschafters, Diss. Erlangen
1927
- Vinassa Die Kundschaft, Diss. Bern 1925
- Winckelmann Die Gewinnbeteiligung bei der stillen
Gesellschaft, Diss. 1931 in Kleine
Schriften zum Recht der Handelsgesell-
schaften, Band 3 Nr. 12
- Würdinger Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Per-
sonalgesellschaften, Hamburg 1937

II. Aufsätze und Gutachen

- Auler Der Unternehmungsmehr- und -minderwert in der Bilanz, Z.f.B. 1927, S.653 ff. + 727 ff. + 839 ff. sowie Z.f.B. 1932, S. 364 ff.
- Bach Anmerkung zur Entscheidung des RG vom 12.6.36 in JW 36, 3118 ff.
- Barz Anmerkung zur Entscheidung des RG vom 6.1.41 in DR 1941, 1303 ff.
- Beste Die Regelung der Auseinandersetzungsfrage in den Gesellschaftsverträgen der Personalgesellschaften, Z.f.h.w.F. 1924, 97 ff.
- Gieseke Höchsttrichterliche Grundsätze für die Bewertung ganzer Unternehmungen, ZAkDR 1942, S.72 f.
- von Godin Über den Auseinandersetzungsanspruch des aus der offenen Handelsgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters, JW 1936, 3512 f.
- Heins Betrachtungen zum Recht der oHG, NJW 1947/48, S. 252 ff.
- Husemann Die Ermittlung des Ertragswertes von Unternehmungen, Betrieb 1951, S.137 ff.
Errechnung des Mittelwertes aus Ertragswert und Substanzwert bei der Unternehmensbewertung, Betrieb 1951, S.329 ff.
- Jonas Einige Bemerkungen zur Bestimmung des Verkehrswertes von Unternehmungen, Z.f.B. 1954, S.18 ff. + S. 488 ff.
- Lehmann, M.R. Allgemeine Grundsätze für die Bewertung ganzer Unternehmungen, Z.f.B. 1954, S.65 ff. + S.465 ff.
- Michels Die Berücksichtigung des Geschäftswertes beim Ausscheiden eines Kommanditisten bzw. eines stillen Gesellschafters, Der Wirtschaftstreuhandler 1939, S.89 ff.
- Müller-Erzbach Die Haftung und die Vermögensbeteiligung des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters besonders im Falle ihrer Anteilnahme an der Vermögensverwaltung, in "Beiträge zum Wirtschaftsrecht" Nr. 62 der Heymannschen Abhandlungen, Band II, Jahrgang 1931
- Münstermann Die Bewertung ganzer Unternehmen, in Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, begründet von Nicklisch, 1.Band, 3.Auf., Stuttgart 1956, Sp.1059 ff.

Münstermann	Firmenwert, in Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, begründet von Nicklisch, 2.Band, 3.Aufl., Stuttgart 1958, Sp. 1953 ff.
Niethammer	Haftung eines zum Prokuristen bestellten Kommanditisten, BB 1959, 725 f.
Rechtmann	Die Behandlung des Geschäftswertes der Unternehmung in der Bilanz, ZhdLwF 1929, S.101 ff. und 158 ff.
Siebert	Zur atypischen stillen Gesellschaft, NJW 1953, 806 ff.
Splettstößer	Die Ermittlung des Geschäftswertes im Falle der Auseinandersetzung, in Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer Berlin 1935, 1183 ff.
Staab	Die Vertretung einer Kommanditgesellschaft durch einen Kommanditisten, BB 1959, 435 f.
Tittel	Firmenwert und stille Reserven beim Ausscheiden von Teilhabern aus Personalgesellschaften, BFuP 1949, 69 ff. + 167 ff.

Entscheidungen oberer Gerichte zum Geschäftswert

zitiert auf Seite:

RG	Urteil vom 13.11.1908 in LZ 1909, S.229 Nr.4	13
RG	Urteil vom 5.11.1918 in RGZ 94, 106 ff.	62, 79
RG	Urteil vom 22.12.1922 in RGZ 106, 128 ff.	13, 66, 67
RG	Urteil vom 17.4.1928 in RGZ 120, 410 ff.	80, 85
RG	Urteil vom 9.4.1929 in LZ 1929 S.1340 ff. Nr.3	13
RG	Urteil vom 12.6.1936 in JW 36, 3118	33, 56, 100, 102
RG	Urteil vom 6.1.1941 in ZAkDR 1942, 74 ff. = DR 1941, 1301 ff.	56, 74, 102
BGH	Urteil vom 21.4.1955 in BGHZ 17, 130 ff. = BB 55, 528 = NJW 55, 1025 ff.	13, 31, 35, 56, 67, 74, 82, 92, 100, 102
KG	Urteil vom 19.1.1923 in OLGE 43, 319 f.	62, 69, 80

A b k ü r z u n g e n

aaO, a.a.O.	am angegebenen Ort
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30.1. 1937
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebs-Berater
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BStBl.	Bundessteuerblatt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DR	Deutsches Recht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7. 1957
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kammergericht
KG, KommG	Kommanditgesellschaft
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
M.E. oder m.E.	meines Erachtens
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungssammlung der Oberlandesgerichte
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.a.	siehe auch
Sp.	Spalte
st.G., stG	stille Gesellschaft
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZfB, Z.f.B.	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
Z.f.hw.F., ZhdLwF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung

A) Einleitung

Scheidet ein Gesellschafter aus einer offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder stillen Gesellschaft aus, so fragt es sich, ob und wie der Ausscheidende abzufinden ist. Häufig ist dabei streitig, ob in die Abfindungssumme auch ein Posten für den Geschäftswert einzusetzen ist, den das Unternehmen entweder vor oder nach dem Eintritt des jetzt Ausscheidenden erlangt hat. Auch die Frage, nach welchen Gesichtspunkten der Geschäftswert berechnet und nach welchem Maßstab er verteilt wird, taucht oft bei der Ermittlung der Abfindungssumme auf.

Deshalb erscheint es angezeigt, diese Frage von vornherein in Gesellschaftsverträgen zu regeln, was wohl häufig deshalb unterbleibt, weil die Vertragspartner nach geglückter Einigung über den Vertragsschluß nicht an die Möglichkeit einer späteren Lösung des Gesellschaftsverhältnisses denken oder weil sie sich eine spätere vermögensrechtliche Auseinandersetzung als nicht allzu schwierig vorstellen.

Die Partner eines Gesellschaftsvertrages sind bei dessen Abschluß frei in der Entscheidung, ob und wie sie den später einmal aus der Gesellschaft Ausscheidenden am Geschäftswert beteiligen wollen. Ihre Vereinbarung, gleich wie sie immer sein mag, ist, soweit nicht das Gesetz (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) sie verbieten, für jeden Gesellschafter verbindlich.

Die vorliegende Arbeit kann und will daher nur Richtlinien für zukünftig zu schließende Gesellschaftsverträge geben, sowie bei der Klärung der Frage helfen, wie das Auseinandersetzungsguthaben in den Fällen zu berechnen und zu verteilen ist, in denen im Gesellschaftsvertrag hierüber nichts vereinbart ist.

B) Rechtliche Grundlagen des Auseinandersetzungsguthabens

I. Möglichkeiten des Ausscheidens aus einer fort-
bestehenden Gesellschaft

Ein Ausscheiden aus einer der hier in Rede stehenden Gesellschaften ist einmal dadurch möglich, daß der Ausscheidende selbst den Anlaß zur Beendigung der Mitgliedschaft gibt, indem er freiwillig oder notwendig, z.B. durch Kündigung oder durch seinen Tod ausscheidet. Zum anderen kann unter Ausscheiden auch der Fall verstanden werden, bei welchem der Austritt des Gesellschafters von seinen Mitgesellschaftern erzwungen wird. Das HGB versteht unter "Ausscheiden", wie aus der Überschrift zum vierten Titel des 2. Buches hervorgeht, beide Fälle, also den des freiwilligen und notwendigen sowie den des erzwungenen Austritts ¹⁾.

Die Bedeutung des Ausscheidens beruht darauf, daß im Falle der oHG und KG der Austritt des Mitglieds erfolgt, ohne daß die Auflösung der gesamten Gesellschaft herbeigeführt wird. Bei der stillen Gesellschaft dagegen wird bei "Ausscheiden" eines Gesellschafters - wie noch zu zeigen sein wird- die Gesellschaft notwendigerweise aufgelöst.

1.) Ausscheiden aus einer oHG

Das Ausscheiden im Sinne des freiwilligen und notwendigen Verlassens der Gesellschaft ist in § 138 HGB geregelt und kann herbeigeführt werden

1. durch Kündigung des Ausscheidenden
2. durch seinen Tod und
3. durch Konkurseröffnung über sein Vermögen.

Für diese Fälle sieht das Gesetz (§ 131 HGB) an sich eine Auflösung der oHG vor. Da die Auflösung einer - jedenfalls gutgehenden - Gesellschaft fast immer wirtschaftliche Nachteile bringt, die dadurch entstehen, daß durch die Liquidation die in der Organisation und in der

1) vergl. Koehler S.17; Schubert S.13

Kundschaft des Unternehmens steckenden Werte des Unternehmens verloren gehen, soll sie durch die Gestattung und die Möglichkeit des Ausscheidens unter Fortbestand der Gesellschaft vermieden werden. Daher machen heute immer mehr Vertragspartner bei der Abfassung von Gesellschaftsverträgen von der Möglichkeit Gebrauch, das Fortbestehen der Gesellschaft auch für den Fall des Vorliegens von Auflösungsgründen zu vereinbaren. Es wäre im übrigen in vielen Fällen gegenüber den Gesellschaftern, die nicht den Grund zur Auflösung gaben, ungerecht, wenn die Liquidation erfolgen würde, so z.B., wenn die Unternehmung sehr rentabel ist und plötzlich durch den Privatkonkurs eines, womöglich noch gering beteiligten Gesellschafters aufgelöst werden soll. Durch die Liquidation ginge vor allem der Geschäftswert der Unternehmung verloren, wenn nicht eine Veräußerung des Geschäfts im ganzen möglich wäre. Im Falle des Ausscheidens des konkursbefangenen Gesellschafters bleibt den übrigen Gesellschaftern dagegen das Kapital und die in dem Unternehmen steckende Arbeit und Erfahrung in vollen Maße erhalten. So erscheint ein Fortbestehen der Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafters für die zurückbleibenden Gesellschafter zweckmäßiger. Aber auch für den Ausscheidenden ist diese Lösung vorteilhafter, weil er im Falle des Fortbestehens der Gesellschaft einen Anteil am Geschäftswert ausbezahlt erhält, was im Falle der Liquidation nicht möglich wäre.

Da nur beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft unter Fortbestand des Unternehmens die Frage auftaucht, ob der Ausscheidende am Geschäftswert zu beteiligen ist, sollen hier die möglichen Fälle des Ausscheidens aufgezeichnet werden: Es wurde bereits erwähnt, daß nach § 138 HGB eine Fortsetzungsklausel in 3 Fällen statthaft ist, nämlich bei Kündigung eines Gesellschafters, seinem Tod und bei Konkurseröffnung über sein Vermögen. Wenn eine solche Fortsetzungsvereinbarung fehlt und einer der in § 138 HGB genannten Tatbestände eintritt, der nach § 131 HGB zur Auflösung der Gesellschaft führt, dann ist nach

wohl herrschender Meinung ²⁾ immer noch ein Ausscheiden aus der Gesellschaft möglich. Für diesen Fall sei, so meint Schubert ³⁾, nämlich nur eine Vereinbarung des kündigenden Gesellschafters mit den übrigen, im Falle des Todes eines Gesellschafters eine Vereinbarung seiner Erben mit den verbleibenden Gesellschaftern über die Fortsetzung der Gesellschaft und das Ausscheiden des Kündigenden bzw. Verstorbenen erforderlich. Im Falle des Konkurses eines Gesellschafters müßte dagegen der Konkursverwalter mit den übrigen Gesellschaftern eine Fortsetzungsvereinbarung treffen und das Ausscheiden des in Konkurs Gefallenen beschließen. Eine solche nach Eintritt der Auflösungsstatsache getroffene Vereinbarung sei einer vorher eingegangenen rechtlich gleichwertig.

Im Ergebnis ist meines Erachtens der herrschenden Lehre zuzustimmen. Doch soll kurz auf die erhöhten Schwierigkeiten eingegangen werden, die entstehen, wenn die Fortsetzung nicht vor, sondern nach Eintritt des Auflösungsgrundes vereinbart wird. Während im Falle der Fortsetzungsvereinbarung, die entweder von vornherein im Gesellschaftsvertrag festgelegt oder jedenfalls vor Eintritt des Auflösungsgrundes beschlossen wurde, die oHG fortbesteht, lebt im zweiten Fall nur die bereits in Liquidation befindliche Gesellschaft wieder auf. So ist auch im ersteren Fall im Handelsregister nur das Ausscheiden des Gesellschafters einzutragen, im zweiten dagegen auch die Beendigung der eingetretenen Liquidation und die Fortführung der Gesellschaft mit dem wiederhergestellten Gesellschaftszweck ⁴⁾. Im übrigen treten bei nachträglicher Fortsetzungsvereinbarung oft erhebliche praktische Schwierigkeiten auf, weil - z.B. im Falle des Todes eines Mitgesellschafters - nicht nur mehr dieser eine Gesellschafter für eine Fortsetzung der Gesellschaft gewonnen werden muß, sondern mit seinen, womöglich sehr zahlreichen und an verschiedenen Orten wohnenden Erben über die Fortsetzung zu verhandeln ist.

2) so Sudhoff S.188; Weipert Anm.3 zu § 138;
Schlegelberger-Geßler Anm.7 zu § 138; Hueck oHG S.226 ff.

3) aaO.S.15

4) Heymann-Kötter Anm.6 zu § 138

Für Dritte, z.B. Gläubiger der Gesellschaft, jedoch erscheinen diese internen Schwierigkeiten uninteressant. Ihnen mag es allein darauf ankommen, daß diese nachträgliche Fortsetzungsvereinbarung nicht ihre Rechte beeinträchtigt. Das ist jedoch nicht der Fall, weil die ehemalige und die nunmehr fortgesetzte oHG identisch sind ⁵⁾.

Die im Gesetz für die Tatbestände des § 138 HGB vorgesehene Fortsetzungsklausel kann auch auf andere als in § 138 HGB genannte Fälle ausgedehnt werden, z.B. auf den Fall der Kündigung der Gesellschaft durch den Gläubiger eines Gesellschafters ⁶⁾. Enthält bei solchem Sachverhalt der Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzungsklausel, so scheidet also ein Gesellschafter aus, ohne daß die Gesellschaft aufgelöst wird.

Im Gegensatz zu den bisher genannten Fällen, in denen das Ausscheiden auf privatrechtlicher Grundlage - Fortsetzungsklausel - beruhte, zu der noch die Kündigung des Gesellschafters, sein Tod oder die Konkurseröffnung über sein Vermögen hinzukam, steht die Ausschließung. Sie wird durch einen staatlichen Hoheitsakt, nämlich Urteil, ausgesprochen und kann von den Mitgesellschaftern dann verlangt werden, wenn in der Person eines Gesellschafters ein wichtiger Grund vorliegt, der ihnen nach § 133 HGB das Recht gibt, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen (§ 140 HGB). Zwei zwischen dem Ausscheiden auf Grund freiwilliger Abrede und dem Ausschluß liegende Tatbestände sind in § 141 HGB geregelt. Für den Fall, daß ein Gläubiger eines Gesellschafters von dem ihm nach § 135 HGB zustehenden Recht, die Gesellschaft zu kündigen, Gebrauch macht, können die übrigen Gesellschafter dem Gläubiger ihres Mitgesellschafter erklären, daß unter ihnen die Gesellschaft fortbestehen solle. Dann scheidet der betreffende Gesellschafter am Ende des Geschäftsjahres aus (§ 141 Abs.1 HGB).

5) vergl. Heymann-Kötter Anm.5 zu § 138; Hueck oHG S.227; Staub-Pinner Anm.7 zu § 138

6) vor allem: Duden Anm.2A zu § 138; Schubert S.16; Sudhoff S.192; Weipert Anm.2 zu § 138; Heymann-Kötter Anm.2 zu § 138

Im Falle des Konkurses eines Gesellschafters kann die gleiche Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter erfolgen mit der Folge, daß der in Konkurs gefallene Gesellschafter mit dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung als aus der Gesellschaft ausgeschieden gilt (§ 141 Abs.2 HGB).

Freilich besteht für die Gesellschafter auch jederzeit die Möglichkeit, in aller Einvernehmen das Ausscheiden eines von ihnen zu vereinbaren, selbst wenn ein Auflösungsgrund der genannten Art nicht vorliegen sollte.

In den noch nicht genannten, im § 131 HGB angeführten Tatbeständen, die zur Auflösung einer oHG führen, ist eine Fortsetzungsklausel wohl selten denkbar; denn, wenn die Auflösung der Gesellschaft nach Ablauf einer bestimmten Zeit erfolgen soll (Ziffer 1), dann ist ein Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters gerade nicht erwünscht. Dem Beschluß, die Gesellschaft aufzulösen (Ziffer 2), liegt die Absicht zugrunde, die Gesellschaft wegen Unrentabilität oder wegen Erreichung des Gesellschaftszweckes oder aus sonst einem Grunde zu liquidieren. Mit der Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft (Ziffer 3) hört ebenso fast immer die Existenz des Unternehmens auf. In diesen Fällen ist also eine Fortsetzung - und mithin auch eine Fortsetzungsklausel - grundsätzlich ausgeschlossen.

Bei den bisher genannten Fällen der Fortsetzung der Gesellschaft war immer davon auszugehen, daß die Gesellschaft, aus der ein Mitglied ausschied, aus mindestens drei Mitgesellschafter bestand, da ja mindestens zwei Gesellschafter zurückbleiben mußten; denn ein Fortbestand einer oHG setzt logischerweise voraus, daß noch zwei Gesellschafter verbleiben.

Sehr viele offene Handelsgesellschaften bestehen jedoch nur aus zwei Personen. Ein Fortbestehen der Gesellschaft nach Ausscheiden eines Gesellschafters ist hier nicht denkbar. Aber auch in solchen Fällen gibt das Gesetz die Möglichkeit, das Unternehmen zu erhalten, und zwar als Einzelfirma (§ 142 HGB).

Es wurde hier dem Erfordernis der Praxis Rechnung getragen, wonach das "wirtschaftlich Wertvolle der Gemeinschaft" ⁷⁾ erhalten bleiben kann, während die Gesellschaft als solche

7) vergl. Schubert S.18

nicht weiterexistiert. Das Gericht kann in dem Fall, in dem die Voraussetzungen des Ausschlusses eines Gesellschafters gegeben sind, nach § 142 Abs.1 HGB die Übernahme des Unternehmens durch den anderen Gesellschafter anordnen. Macht ein Privatgläubiger eines Gesellschafters einer Zweimann-oHG von dem ihm nach § 135 HGB zustehenden Recht Gebrauch und kündigt er die Gesellschaft, oder fällt ein Gesellschafter einer solchen Gesellschaft in Konkurs, so ist ebenso eine Übernahme des Unternehmens durch den anderen Gesellschafter möglich (§ 142 Abs.2 HGB). Das Geschäft geht also ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven auf den ehemaligen Mitgesellschafter über. Dadurch bleibt der volle Wert der gesamten Unternehmung erhalten. Das kommt übrigens auch dem Gesellschafter zugute, der den Auflösungsgrund verursachte, weil er bei der Auseinandersetzung wie ein aus einer fortbestehenden Gesellschaft Ausscheidender zu stellen ist (§ 142 Abs.3 HGB), mithin auch am Geschäftswert teilnehmen kann, was bei einer Versilberung des Unternehmens nicht möglich wäre.

Rechtsprechung ⁸⁾ und Literatur ⁹⁾ haben das Anwendungsgebiet des in § 142 HGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgrundsatzes sogar noch weiter ausgedehnt: Bei einer aus zwei Mitgliedern bestehenden Gesellschaft kann nämlich eine Übernahme durch einen Gesellschafter auf Grund einer im Gesellschaftsvertrag niedergelegten Fortsetzungsklausel entsprechend § 138 HGB vereinbart werden. Darüber hinaus ist die gleiche Abmachung in allen Fällen möglich, in denen sonst bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus der oHG deren Fortführung unter den übrigen vereinbart werden könnte. Das Geschäft geht dann auf den Mitgesellschafter über, wenn der andere z.B. kündigt, stirbt, sein Privatgläubiger die Gesellschaft kündigt oder der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird.

8) RGZ 68, 410 (416); RGZ 136, 97 ff.

9) Duden Anm.1 C zu § 142; Weipert Anm.22 zu § 142;
Schlegelberger-Geßler Anm.12 zu § 142; Sudhoff S.189

2.) Ausscheiden aus einer KG

Die Möglichkeiten des Ausscheidens aus einer fortbestehenden Gesellschaft sind bei der Kommanditgesellschaft im allgemeinen dieselben wie bei der offenen Handelsgesellschaft (§ 161 Abs.2 HGB). Insbesondere haben bei der KG auch die §§ 135, 138, 141, 142 HGB Geltung.

Gemäß § 138 HGB kann daher sowohl beim Ausscheiden eines Komplementärs wie auch eines Kommanditisten die Fortsetzung vereinbart werden. Wesensnotwendig muß jedoch bei einer KG ein vollhaftendes und ein beschränkt haftendes Mitglied vorhanden sein. Scheidet der Komplementär aus, so muß also trotz einer Klausel gemäß § 138 HGB die Gesellschaft aufgelöst werden, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, daß an Stelle des ausscheidenden, vollhaftenden Mitglieds einer oder mehrere Kommanditisten oder auch ein Dritter durch fristgemäße Erklärung treten ¹⁰⁾.

Bei einer Zweimann-KG kann im übrigen auch ein Kommanditist die Geschäftsübernahme nach § 142 HGB verlangen, wenn beim Komplementär die Voraussetzungen vorliegen, nach denen seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig wäre (Abs.1), oder wenn ein Privatgläubiger des Komplementärs die Gesellschaft kündigt oder der Komplementär in Konkurs fällt ¹¹⁾. Gleiches gilt noch mehr für den Komplementär, wenn der Kommanditist ausscheidet. Der verbleibende Komplementär kann dann das Geschäft als Einzelfirma weiterführen.

Nur § 177 HGB bringt eine Ausnahme gegenüber der oHG. Der Tod eines Kommanditisten hat nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Der Gesellschaftsanteil des Verstorbenen fällt vielmehr - wie in der oHG bei entsprechender Vereinbarung - an seine Erben.

3.) Auflösung einer stillen Gesellschaft

Eine stille Gesellschaft besteht ihrem Wesen nach nur aus zwei Personen, dem Geschäftsinhaber und dem Stillen ¹²⁾.

Beteiligen sich mehrere Personen als stille Gesellschafter

10) Sudhoff S.196; Schlegelberger-Geßler Anm.15 zu § 177; Schumann S.287

11) Schlegelberger-Geßler Anm.19 zu § 177

12) vergl. Weipert Anm.7 zu § 335; Renaud-Laband S.151; Neufeld-Schwarz Anm. zu § 339

an einem Unternehmen, so liegen ebenso viele stille Gesellschaften vor, als stille Gesellschafter vorhanden sind ¹³⁾. Die mehreren stillen Gesellschafter können unter sich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden und als solche den Gesellschaftsvertrag mit dem Unternehmer schließen. Auch für diesen Fall entstehen aber so viele stille Gesellschaften, wie Gesellschafter an der stillen Gesellschaft beteiligt sind.

Bei der stillen Gesellschaft tritt nach außen nur der Inhaber des Unternehmens in Erscheinung. Er allein wird aus den im Rahmen seines Handelsgeschäftes geschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet. Folglich haftet nur er den Gläubigern. Dagegen ist der stille Gesellschafter den Gläubigern gegenüber von jeder Haftung frei, und zwar im Gegensatz zum Kommanditisten auch dann, wenn er mit seiner Vermögenseinlage rückständig ist. Da der stille Gesellschafter auch nicht am Geschäftsvermögen beteiligt ist, ist die stille Gesellschaft eine rein schuldrechtliche Innengesellschaft ¹⁴⁾. Das heißt, die stille Gesellschaft tritt im Rechtsverkehr mit Dritten nicht als Gesellschaft auf.

Aus diesem Wesen der stillen Gesellschaft als reiner Innen- und als Zweimanngesellschaft erklärt es sich, daß sich ihre Auflösung nach anderen Regeln vollzieht, als die Auflösung einer OHG und KG.

Ein "Ausscheiden" aus einer stillen Gesellschaft kann es deshalb nicht geben, weil nur zwei Gesellschafter vorhanden sind und beim "Ausscheiden" eines Gesellschafters sich die Gesellschaft notwendigerweise auflöst. Ergeben sich also bei einer stillen Gesellschaft Auflösungsgründe, so ist an eine Fortsetzung der Gesellschaft unter Ausschluß desjenigen, in dessen Person die Auflösungsgründe entstanden sind, nicht zu denken. Eine Fortsetzungsvereinbarung, vor oder nach Eintritt des Auflösungsgrundes geschlossen, kommt bei einer stillen Gesellschaft mithin auch nicht in Frage. Die Auflösung der stillen Gesellschaft leitet auch kein Zwischenstadium ein, an dessen Anfang

13) vergl. Weipert Anm. 172 zu § 335; Goetz Hueck S. 43; Bendasch Anm. 4 zu § 335; Turba S. 24

14) vergl. Paulick S. 9; Koenigs S. 16; Bendasch Anm. 1 zu § 335; Aulinger S. 15

das werbende Unternehmen sich in ein liquidierendes verwandelt und an dessen Ende das Erlöschen des Unternehmens steht. Die Auflösung ist hier schon die Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses, ihr folgt nur noch die Auseinandersetzung des Geschäftsinhabers mit dem stillen Gesellschafter ¹⁵⁾.

Die Auflösungsgründe sind im Gesetz nicht erschöpfend aufgezählt. Die dort genannten sind außerdem abdingbar. Das Gesetz erwähnt als Auflösungsgründe ausdrücklich nur die Zweckerreichung und das Unmöglichwerden der Zweckerreichung (§ 726 BGB), die Kündigung durch einen Gesellschafter (§§ 723 BGB, 132 HGB), die Kündigung der Gesellschaft durch einen Gläubiger des Stillen (§ 135 HGB), den Tod des Geschäftsinhabers (§ 727 Abs.1 BGB) und die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 728 Abs.1 BGB).

Die Auflösung der stillen Gesellschaft tritt im Falle des Todes des Geschäftsinhabers sogar dann ein, wenn seine Erben das Unternehmen tatsächlich weiterführen ¹⁶⁾.

Allerdings kann durch Gesellschaftsvertrag die Auflösung der stillen Gesellschaft für den Fall des Todes des Geschäftsinhabers ausgeschlossen werden, da § 727 Abs.1 BGB nicht zwingender Natur ist ¹⁷⁾. Häufig wird eine solche Fortsetzung der Gesellschaft vereinbart werden, wenn der Geschäftsinhaber für den Fall seines Todes die Fortsetzung der Gesellschaft zwischen seinen Erben und dem stillen Gesellschafter für zweckmäßig hält. Nach § 339 Abs.2 HGB bildet der Tod des stillen Gesellschafters keinen Auflösungsgrund. Vielmehr treten die Erben des Stillen automatisch an die Stelle des Erblassers in die stille Gesellschaft ein.

Bei der stillen Gesellschaft ist ein Gesellschaftskonkurs nicht möglich, da kein Gesellschaftsvermögen existiert. Auch bedarf es zur Ausschließung eines Gesellschafters nicht einer Klage mit anschließendem Auflösungsurteil gemäß § 133 HGB, da nach § 339 Abs.1 S.2 HGB der Geschäftsinhaber, wie auch der Stille das Recht zur außerordentlichen Kündigung haben.

15) vergl. Schlegelberger-Geßler Anm.2 zu § 339; Staub-Pinner Anm. 1 zu § 340; Paulick S.200; Koenigs S.261;

16) vergl. Schlegelberger-Geßler Anm.9 zu § 339; Weipert Anm.7 zu § 339; Sudhoff S.248; Koenigs S.271

17) vergl. Schlegelberger-Geßler Anm.12 zu § 339; Weipert Anm.12 zu § 339; Sudhoff S.249; Sängers S.129; Starke S.123 Koenigs S.270 f.

Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können die Gesellschafter einer stillen Gesellschaft auch eine Auflösung durch Zeitablauf vereinbaren oder jederzeit durch Vertrag die Gesellschaft auflösen. Außerdem können weitere - als die genannten - Auflösungsgründe von vornherein im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden.

Es sind nunmehr die Gründe, die zum Ausscheiden eines Gesellschafters einer oHG und eines Kommanditisten sowie die Gründe, die zur Auflösung einer stillen Gesellschaft führen, aufgezeigt. Hier schließt sich jetzt die Frage an, wie diese ehemaligen Gesellschafter nach ihrem Ausscheiden bzw. nach Auflösung der Gesellschaft abgefunden werden müssen.

II. Die Auseinandersetzung

Es entspricht dem Gesamthandprinzip der oHG und KG, daß der ausscheidende Gesellschafter nicht bestimmte Vermögensteile der Unternehmung beanspruchen kann, es sei denn, es handle sich um Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat (§ 738 Abs.1 S.2 BGB). Nach dem Gesamthandprinzip wächst vielmehr der Anteil des Ausscheidenden den zurückbleibenden Gesellschaftern ohne Übertragungsakt zu¹⁸⁾. Die ehemaligen Mitgesellschafter müssen den Ausscheidenden für den Verlust seines Anteils abfinden. Unter Abfindung ist dabei die vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen den verbleibenden und dem ausscheidenden Gesellschafter zu verstehen. Es macht dabei keinen Unterschied - wenn nicht im Gesellschaftsvertrag eine unterschiedliche Behandlung vorgesehen ist -, ob der abzufindende ehemalige Gesellschafter freiwilliger - bzw. notwendigerweise ausgeschieden ist, oder ob er aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurde.

Für die Geltendmachung des Auseinandersetzungsguthabens ist es nicht erforderlich und auch nicht in jedem Falle möglich, daß der Ausscheidende persönlich den verbleibenden Gesellschaftern gegenübertritt. Ist das Ausscheiden z.B. wegen des Todes des Gesellschafters erfolgt, so werden die Erben oder der Testamentsvollstrecker, ist das Ausscheiden wegen des Konkurses des Gesellschafters erfolgt, so wird der Konkursverwalter den Abfindungsanspruch geltend machen. Hier soll der Einfachheit halber immer nur von dem Fall ausgegangen werden, daß der ausscheidende Gesellschafter selbst gekündigt hat und nun auch selbst den Anspruch geltend macht.

18) vergl. Staudinger-Geiler-Keßler Anm.1 zu § 738;
Enneccerus-Lehmann § 182 I, 3; Larenz S.258

1.) Die Auseinandersetzung bei der oHG

Im HGB sind Bestimmungen über die Auseinandersetzung und speziell über die Abfindung nicht vorhanden. § 105 Abs.2 HGB verweist für die oHG auf die Vorschriften über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. In § 738 Abs.1 S.2 BGB lautet der entsprechende Abschnitt, daß dem Ausscheidenden das zu zahlen sei, "was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre".

Diese Bestimmung hat zu Mißverständnissen Anlaß gegeben. Bei wörtlicher Auslegung scheint die Auffassung des Gesetzgebers dahin zu gehen, daß dem Ausscheidenden der Wert zu vergüten sei, der bei Veräußerung der einzelnen Aktiva des Unternehmens vermutlich erzielt werden würde. Das würde jedoch zu einer Benachteiligung des Ausscheidenden führen; denn er würde nicht für das entschädigt werden, was aus seiner ehemaligen Beteiligung den übrigen Gesellschaftern verbleibt, nämlich unter anderem der Anteil am Geschäftswert.

Es ließe sich dagegen einwenden, daß dem Ausscheidenden die immateriellen Werte auch bei Auflösung der Gesellschaft verloren gingen und daß es durchaus möglich sei, daß die verbleibenden Gesellschafter aus irgendwelchen Gründen die fortgesetzte Gesellschaft bald auflösen müßten. Allein maßgebend jedoch ist der Zeitpunkt des Ausscheidens. Hier wird die Gesellschaft eben gerade nicht aufgelöst; der Vorteil, der den Verbleibenden - zumindest zunächst - erwächst, darf nicht auf sie beschränkt werden, sondern muß auch dem zugute kommen, der an der Entstehung dieses Vorteils bislang mitgearbeitet hat.

Als weitere Auslegungsmöglichkeit des § 738 Abs.1 S.2 BGB wird erörtert ¹⁹⁾, ob man darunter den Wert des Unternehmens im ganzen, jedoch ohne die sogenannten ideellen Werte zu verstehen habe. Auch diese Ansicht läßt sich nicht halten; denn der Ausscheidende war - wie dargelegt - bis zu seinem Ausscheiden voll an den ideellen Wertobjekten beteiligt.

19) so Schubert S.46

Es wäre ungerecht, wenn er diese nunmehr entschädigungslos seinen ehemaligen Mitgesellschaftern überlassen müßte. Die dritte Möglichkeit der Auslegung des § 738 Abs.1 S.2 BGB beruht auf dem fiktiven Verkauf des gesamten Unternehmens, bei welchem auch ein Kaufpreis für den "Geschäftswert" einberechnet ist.

Rechtsprechung ²⁰⁾ und Schrifttum ²¹⁾ sind heute einhellig der Auffassung, daß nur diese dritte Auslegung richtig sein kann. Nach RG ²²⁾ ist dem Ausscheidenden "der Erlös, der sich bei einer der Sachlage entsprechenden, möglichst vorteilhaften Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung im ganzen ergeben würde" zu ersetzen. Dem Ausscheidenden sei mithin auch ein Anteil am Geschäftswert zu vergüten. Der BGH ²³⁾ äußert, daß für den Abfindungsanspruch nicht der in der Bilanz der Gesellschaft ausgewiesene Wert maßgebend sei, daß es vielmehr auf den "wirklichen Wert des lebenden Unternehmens einschließlich aller stillen Reserven und einschließlich des goodwill des Unternehmens" ankomme. "Das folgt ohne weiteres daraus", so fährt der BGH fort, "daß der Beklagte bis zu seinem Ausscheiden an dem tatsächlichen Wert des lebenden Unternehmens beteiligt war und daß nunmehr sein Anteil an dem gesamten Gesellschaftsvermögen den verbleibenden Gesellschaftern zugewachsen ist".

Richtigerweise wird also von Rechtsprechung und Lehre die Bestimmung des § 738 Abs.1 S.2 BGB dahin ausgelegt, daß der Ausscheidende einen anteiligen Betrag erhalten soll von dem Wert, der bei einer fiktiven Veräußerung des Geschäfts im ganzen erzielt würde und nicht, daß der Ausscheidende nur an dem Wert beteiligt werden soll, den eine Einzelveräußerung der Aktiva der Unternehmung ergeben würde.

20) RG LZ 1909, S.229 Nr.4; RGZ 106,128 (132); RG LZ 1927, 1109; RG LZ 1929, 1340 Nr.3; BGHZ 17, 130 (136)

21) Düringer-Hachenburg Anm.10 zu § 138; Enn.-Lehmann § 182 I,3; Erman-Schulze-Wenck Anm.2 zu § 738; Haupt-Reinhardt S.67; Hueck,OHG S.292; Lehmann S.140; Palandt-Gramm Anm.2 c zu § 738; Paquin S.90; RGRK zum BGB, Fischer, Anm.4 zu § 738; Soergel-Erdsieck Anm.4 zu § 738; Staub-Pinner Anm.5 zu Anh.zu § 141; Staudinger-Geiler-Keßler Anm.4 zu § 738; Würdinger S.146

22) RGZ 106, 128 (132)

23) BGHZ 17, 130 (136)

Der Gesamtwert der Unternehmung, worin auch ein Posten für den Geschäftswert eingeschlossen ist, bildet also die gesetzliche Grundlage für die Abfindung.

Dieses Ergebnis allein entspricht auch dem Grundsatz der Gerechtigkeit, weil nur auf diesem Wege sowohl die verbleibenden als auch der ausgeschiedene Gesellschafter am Geschäftswert teilnehmen können. Würde man dagegen den Prinzipien der "Einfachheit" und "frühzeitigen Berechenbarkeit" des Auseinandersetzungsguthabens folgen 24), wonach der Ausscheidende mit dem buchmäßigen Anteil abzufinden wäre, so könnte dies für den Normalfall, daß der Buchwert unter dem Gesamtwert der Unternehmung liegt, eine Benachteiligung für den Ausscheidenden sein. Läge der Buchwert ausnahmsweise über dem Gesamtwert, so ergäbe sich bei Anwendung dieser Prinzipien der "Einfachheit" und "frühzeitigen Berechenbarkeit" eine Benachteiligung der verbleibenden Gesellschafter. Gegenüber diesen beiden Grundsätzen ist jedoch dem der Gerechtigkeit der Vorzug zu geben, weil es die vornehmste Aufgabe des Gesetzes und der Gesetzesauslegung sein muß, eine gerechte Lösung zu finden. Schwarze 25) , freilich meint, die Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips müsse notwendigerweise dazu führen, daß das Unternehmen bei gerechter Abfindungssumme illiquide werden und zugrunde gehen müsse. Er berücksichtigt dabei nicht, daß eine gerechte Abfindungssumme auch den Grundsatz der "Erhaltung der Unternehmung" berücksichtigen muß; denn es soll ja nicht nur dem Ausscheidenden, sondern auch den Verbleibenden Gerechtigkeit zuteil werden, letzteren in der Form, daß die Unternehmung trotz der zu zahlenden Abfindungssumme erhalten bleibt. So kann, worauf später in anderem Zusammenhang noch näher einzugehen ist, im Hinblick auf die Erhaltung des Unternehmens das Gericht gemäß § 242 BGB bestimmen, daß nicht die ganze Abfindungssumme auf einmal, sondern in Raten zu erstatten sei. Das Prinzip der Gleichbehandlung ist hier im übrigen nicht von Bedeutung, auch nicht in Form der sogenannten relativen Gleichbehandlung 26); denn es setzt notwendigerweise voraus, daß ein und derselbe Tatbestand auf mehrere Personen Anwendung findet 27). Scheidet nur ein Gesellschafter aus einer fortbestehenden Gesellschaft aus, so ist das aber im Verhältnis zu den zurückbleibenden Gesellschaftern nicht der Fall.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß der Gesellschafter einer OHG bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft einen Anteil vom "wirklichen Wert des lebenden Unternehmens" (BGH) beanspruchen kann.

24) über die verschiedenen Prinzipien bei der Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens vergl. Steiner aaO. S. 113 f.

25) aaO. S. 9

26) vergl. zum Begriff Goetz Hueck S. 39

27) vergl. Goetz Hueck S. 173

Zu diesem Zweck ist eine Auseinandersetzungsbilanz aufzustellen, die im Gegensatz zur Jahresbilanz, welche nur der Gewinnberechnung dient ²⁸⁾, eine echte Vermögensbilanz ist. Demnach sind die Aktiva und die Passiva zu ihrem wahren Wert einzusetzen, die stillen Reserven aufzulösen, der Geschäftswert festzustellen und jeweils in der Bilanz auszuweisen ²⁹⁾.

2.) Die Auseinandersetzung bei der KG

Im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten fragt es sich, ob auch **sein** Auseinandersetzungsguthaben wie das eines Gesellschafters einer oHG zu berechnen ist. Nach herrschender Lehre ³⁰⁾ ist das zu bejahen. Über §§ 161 Abs.2, 105 Abs.2 HGB gelangt man auch für den Fall der KG zu § 738 Abs.1, S.2 BGB. Demnach kann der Kommanditist ebenfalls verlangen, mit den wirklichen Werten abgefunden zu werden und, unabhängig ob er persönlich tätig geworden ist oder nicht, einen **eventuellen** Geschäftswert anteilig vergütet zu erhalten. Ob und inwieweit der herrschenden Lehre beizupflichten ist, wird später zu behandeln sein.

3.) Die Auseinandersetzung bei der st.G.

Die st.G. kennt, wie bereits erörtert, kein Gesellschaftsvermögen. Das Vermögen der Unternehmung gehört vielmehr ausschließlich dem Geschäftsinhaber. Ein Vermögen zur gesamten Hand kann es daher auch nicht geben. Scheidet der Stille aus, so ist mithin eine Anwachsung auf Seiten des Geschäftsinhabers ausgeschlossen. Dennoch findet bei der Auflösung

28) Diese Bilanz wird häufig "Erfolgsermittlungsbilanz" genannt.

29) vergl. Hueck oHG S.292 f.

30) vergl. Weipert Anm. 34 zu § 177; Schlegelberger-Geßler Anm. 15 zu § 177; Sudhoff S.281; v.Gierke S.236
Lehmann S.161; Steiner S.114

der st.G. eine Auseinandersetzung statt. Gemäß § 340 Abs.1 HGB müssen sich der Geschäftsinhaber und der Stille auseinanderzusetzen, womit die Abwicklung der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen beiden gemeint ist. Zu diesem Zweck ist eine Auseinandersetzungsbilanz aufzustellen, die nach wohl herrschender Meinung ³¹⁾ nicht - wie bei der oHG und KG - den Charakter einer Vermögensbilanz sondern den einer Erfolgsbilanz trägt. Sie unterscheidet sich nach herrsch. Lehre demnach nicht von den Gewinnverteilungsbilanzen, die für die vorausgegangenen Geschäftsjahre aufgestellt werden mußten. Das heißt, daß in die Auseinandersetzungsbilanz der st.G. auch kein Posten für den Geschäftswert eingesetzt werden dürfte. Auf diese Frage soll später, wenn geklärt ist, ob und in welchem Umfang bei der oHG und KG ein Geschäftswert zu berücksichtigen ist, näher eingegangen werden.

Es wurde unter II. 1.) und 2.) festgestellt, daß nach herrsch. Lehre in die Auseinandersetzungsbilanzen der oHG und KG ein Betrag für den Geschäftswert einzusetzen ist. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Berechnung und die Verteilung dieses Postens, was jetzt eingehend erörtert werden soll.

31) vergl. Weipert Anm.5 zu § 340; Schlegelberger-Geßler Anm. 6 zu § 340; Sudhoff S.281; Winckelmann S.13; Paulick S.217; Hueck, Gesellschaftsrecht S.103; Aulinger S.20

C) Der Geschäftswert

I. Wesen und Begriff

Ein Unternehmen besitzt grundsätzlich nicht nur Grundstücke, Gebäude, Maschinen, Werkzeuge und Warenvorräte, sondern auch nicht-reale Vermögenswerte. Diese nicht-realen Vermögenswerte werden häufig mit "immaterielles", "ideelles" oder "fiktives Vermögen" bezeichnet. Für die hier vorzunehmende Untersuchung sind diese Bezeichnungen aber zu weit, weil sie sowohl immaterielle Rechte (z.B. Patente, Urheberrechte) als auch reine Chancen des Unternehmens zum Inhalt haben ¹⁾. Im "Geschäftswert" jedoch, von dem hier gehandelt werden soll, sind wohl immaterielle Werte enthalten, jedoch hiervon nur die letztgenannte Gruppe, die Chancen.

Der Geschäftswert ist also der wertbehaftete Teil eines Unternehmens, der über den Wert der einzelnen Aktiven (materieller und immaterieller Art) abzüglich der Passiven hinausgeht und den Ertrag des Unternehmens in günstiger Weise beeinflußt. Praktisch ausgedrückt heißt das, daß der Geschäftswert derjenige Teil eines Unternehmens ist, den - für den Fall eines Verkaufs - der Käufer über den Wert der Aktiven abzüglich der Passiven hinaus zu zahlen hätte, falls er ein Unternehmen im ganzen erwerben möchte. Diesen Mehrwert, den ein Käufer zu bezahlen hätte, kann der Inhaber des Unternehmens nicht selbständig übertragen. Er haftet der Unternehmung an. Wird das Unternehmen aufgelöst, so geht er verloren; denn mit der Auflösung gehen die Aussichten auf Gewinn, mithin der Geschäftswert, unter.

1) Auf die Unterscheidung von immateriellen Rechten und reinen Chancen bzw. Aussichten auf Gewinn wird unter II. näher eingegangen werden, vergl. S.20 ff.

In der Literatur werden noch andere, im Ergebnis wohl das Gleiche meinnende, z.T. jedoch schwer verständliche Definitionen vertreten. So meint Schubert ²⁾ : "Der immaterielle Geschäftswert gründet sich auf den Vorsprung, den ein eingerichtetes rentables Unternehmen vor anderen erst zu begründenden Unternehmungen hat, und beruht auf der Quasirente, d.h. Vermögensplus durch garantierten oder wahrscheinlichen Ertragswert, die diese Unternehmung bezieht. Er schwebt über dem Sachvermögen und hält erst die Vielheit der einzelnen Sachvermögensteile zu einer Einheit, nämlich zu dem lebendigen Organismus der Unternehmung zusammen."

Schwarze ³⁾ definiert folgendermaßen: "Geschäftswert ist der besondere Wert für den Komplex derjenigen immateriellen Güter, die einem Geschäft außer den materiellen Gütern (einschließlich derjenigen immateriellen Güter wie Patente, Musterrechte und dergleichen) Leben und Ertragsfähigkeit geben....."

Rechtmann ⁴⁾ ist der Ansicht: Der Geschäftswert sei der "Gesamtwert der einzelnen Vermögensteile als Bestandteile eines organisierten und in den Markt eingeordneten Unternehmens, also der Wert einer Unternehmung im ganzen, vermindert um die Summe der als isoliert gedachten Einzelteile". ⁵⁾

Es gibt fast ebensoviel Begriffe für den Geschäftswert, wie Definitionen für sein Wesen geprägt wurden. Die meisten dieser Bezeichnungen geben aber über das eigentliche Wesen des Geschäftswertes überhaupt keinen Aufschluß oder sie umfassen nur Teile desselben.

Einige sollen hier genannt werden:

Wohl zuerst wurde die Bedeutung des "Geschäftswertes" in England erkannt, wo dieser Mehrwert mit "goodwill" bezeichnet

2) aaO. S.50

3) aaO. S.73

4) aaO. S.106

5) Zahlreiche weitere Definitionen anderer Autoren finden sich bei Schwärzel S.29 ff.

net wurde. Dieser Begriff erscheint heute noch häufig in der deutschen Literatur und Rechtsprechung, ist m.E. aber deshalb nicht sehr treffend, weil er ursprünglich nur einen Teil dessen beinhaltete, was heute unter Geschäftswert verstanden wird. Mit "goodwill" wurde in England - entsprechend dem wörtlichen Sinn - zunächst nämlich nur der gute Wille, das heißt, das Wohlwollen, die Treue und die Kaufkraft der Kundschaft bezeichnet ⁶⁾. In diesem Sinne definierte Lord Eldon ⁷⁾ zum ersten Mal: "Goodwill ist die Wahrscheinlichkeit, daß sich die alten Kunden wieder an die alte Stelle wenden". Aus diesem "Wohlwollen der Kundschaft" entwickelte sich schließlich die allgemeinere Übersetzung für goodwill mit "Kundschaft". Da der Begriff, von dem hier gehandelt werden soll, jedoch mehr umfaßt als nur den Mehrwert "Kundschaft" bzw. "Wohlwollen der Kundschaft", erscheint der Ausdruck "goodwill" nicht passend.

In älterer Literatur findet sich auch öfter der aus dem Französischen kommende Begriff "Façon", der zu unbestimmt erscheint, da er bei wörtlicher Übersetzung "Gestalt" oder "Art und Weise" u.ä. bedeutet. Ebenso indifferent erscheint die Bezeichnung "innerer Wert des Unternehmens". Auch der deutsche Begriff "Kundschaft" sagt - wie die englische Bezeichnung "goodwill" - nur über einen Teil dessen etwas aus, was im Geschäftswert enthalten ist. Die Bezeichnungen "ideeller Wert" und "imaginärer Wert" lassen vermuten, es handle sich nicht um einen tatsächlichen, sondern einen eingebildeten, in Wirklichkeit nicht vorhandenen Wert. Der Begriff "immaterieller Wert" umfaßt weit mehr, als unter dem Begriff, "Geschäftswert" verstanden werden soll. Unter ihn fallen nämlich auch die Patente und Urheberrechte usw., die vom Geschäftswert gerade nicht mitumfaßt werden

6) vergl. Münstermann, Firmenwert Sp.1953

7) in Dicksee, L.R. and Tillyard, F. Goodwill and its Treatment in Accounts, London 1906 S.43, Zitat nach Schwärzel S.8. Demgegenüber erklärt Lough (in Business Finance, New York 1922, S.195, Zitat nach Schwärzel S.9) den goodwill so, daß "jemand, der sein Geschäft oder seine Praxis verkaufte, sich seinem Nachfolger gegenüber verpflichtete, ihn der Kundschaft zu empfehlen, ihm also buchstäblich seinen guten Willen verkaufte, diese Verpflichtung einzuhalten." Diese Definition bezieht sich allerdings nur auf den derivativen "goodwill".

sollen. Die Bezeichnung "immaterieller Wert im engeren Sinn" erscheint demgegenüber auch nicht als glückliche Lösung, weil sie nicht erkennen läßt, was unter ihr zu verstehen ist.

Der "Kapitalisierungsmehrwert" ist ebenso ungeeignet, den Inhalt des Wertes wiederzugeben, der hier mit "Geschäftswert" bezeichnet wird; denn der Ausdruck "Kapitalisierungsmehrwert" deutet nur hin auf die Art, wie man diesen Wert finden kann, jedoch nicht auf seinen Inhalt.

Das Begriffspaar "Unternehmensmehr-/minderwert" läßt auch nicht eindeutig erkennen, wie es auszulegen ist. Der Laie vermutet dahinter einen Wert, der höher bzw. niedriger ist als der des Unternehmens im ganzen.

Auch die Bezeichnung "Firmenwert" ist mißverständlich, weil man darunter den Wert verstehen könnte, der zur Führung eines bestimmten Namens berechtigt. Der Begriff "Geschäftswert" ist zugegebenermaßen ebensowenig eindeutig, weil unter ihm auch der Wert des gesamten Geschäftes verstanden werden könnte. Er soll aber dennoch in dem am Anfang dieses Kapitels genannten Sinn verwendet werden, weil er mit dem Begriff "Firmenwert" zusammen der einzige von den genannten Begriffen ist, der im Gesetz festgehalten wurde ⁸⁾.

In § 133 Ziff.5 AktG heißt es nämlich, daß für den originären "Geschäfts- oder Firmenwert" kein Aktivposten in die Bilanz eingesetzt werden darf. In Absatz 2 dieser Bestimmung läßt der Gesetzgeber auch in etwa erkennen, welchen Inhalt er diesem Begriff geben will. Dort wird nämlich zum Ausdruck gebracht, daß ein - allerdings nur derivativer - Geschäftswert dann vorhanden sei, wenn "die für die Übernahme eines Unternehmens bewirkte Gegenleistung die Werte der einzelnen Vermögensgegenstände" übersteigt.

II. Elemente des Geschäftswertes

Es wurde bereits angedeutet, daß nicht alle immateriellen Werte eines Unternehmens zum Geschäftswert zu rechnen sind. Es gibt nämlich "Immaterialgüter"⁹⁾, denen das Gesetz einen besonderen Inhalt und Schutz verleiht, so daß sie aus dem Kreis der Elemente des Geschäftswertes ausscheiden müssen.

8) Im übrigen ist die Bezeichnung "Geschäftswert" die heute in diesem Zusammenhang gebräuchlichste.

9) so Mohr S.53 in gleichem Zusammenhang.

Diese mit besonderem Inhalt und Schutz versehenen immateriellen Werte haben sowohl in den jährlichen Erfolgsermittlungsbilanzen als auch in der Auseinandersetzungsbilanz einen selbständigen Platz. Sie können in den "Geschäftswert" schon deshalb nicht mit einbezogen werden, weil sie, was für die Elemente des Geschäftswerts ausgeschlossen ist, selbständig übertragbar sind und weil sie "Rechte" darstellen, während es sich bei den einzelnen Komponenten des Geschäftswerts ausschließlich um nicht zu Rechten erstarkten Aussichten auf Gewinn handelt. Bei Mohr ¹⁰⁾ sind als solche immateriellen Werte mit Rechtscharakter das Patentrecht, Firmen-, Warenzeichen-, Geschmacksmuster-, Urheber-, Verlags- und Gebrauchsmusterrecht genannt. Diese hier aufgezählten immateriellen Werte gehören also nicht zum "Geschäftswert". Sie erscheinen als Extraposten in der Auseinandersetzungsbilanz und dürfen deshalb nicht als Geschäftswert ausgewiesen werden.

Der Geschäftswert ist ein komplexer Begriff, d.h. in ihm sind viele Einzelfaktoren enthalten, die erst in ihrem Zusammenwirken sein Wesen bestimmen. Ergibt sich bei der Berechnung des Geschäftswerts eines Unternehmens eine bestimmte Höhe, so schließt das nicht aus, daß in diesem Wert auch ertragsmindernde Faktoren enthalten sind. Der errechnete Geschäftswert beweist dann also nur, daß die positiven Geschäftswertelemente in dieser Unternehmung die negativen übersteigen. Ergibt sich beispielsweise als Ausnahmefall, daß der Geschäftswert gleich Null ist, so besagt das auch nicht, daß in diesem Unternehmen keine geschäftswertbildenden Faktoren vorhanden sind. Dieser Ausnahmefall läßt vielmehr nur erkennen, daß die ertragsfördernden und ertragsmindernden Elemente gleich groß sind und sich mithin gegenseitig aufheben.

Sollen in der Literatur die einzelnen Elemente des Geschäftswertes aufgezählt bzw. bestimmt werden, so nennen manche Autoren lediglich die einzelnen Faktoren ohne eine systematische Gliederung ¹¹⁾.

10) aaO. S.53 ff.

11) vergl. Hueck, oHG S.292; Schlegelberger-Geßler Anm.20 zu § 138

Andere ¹²⁾ hingegen versuchen erst, alle Faktoren aufzuzählen und dann - gewissermaßen zum besseren Verständnis - einen Sammelbegriff für die einzelnen Elemente zu bilden. So äußert Weipert ¹³⁾: "Maßgebliche Faktoren für die Feststellung des Firmenwertes sind alle für die Bewertung des lebendigen Betriebes wichtigen, die Gewinn- und Ertragsaussichten bestimmenden und beeinflussenden, im Machtbereich des Unternehmens liegenden Umstände, die nicht in anderen Posten der Bilanz wie Patente, Lizenzen, Markenrechte erfaßt und besonders auszuweisen sind." Andere ¹⁴⁾ machen dagegen den Versuch, die Geschäftswertelemente systematisch zu gliedern, was - unter grundsätzlicher Anerkennung des zitierten Weipert'schen Satzes - zur besseren Übersicht auch hier erfolgen soll.

Es soll eine Vierteilung vorgenommen werden: Die Geschäftswertelemente lassen sich gliedern in solche 1.) des Beschaffungsmarktes, 2.) der inneren Organisation, 3.) der äußeren Organisation, 4.) des Absatzmarktes.

Zu 1.) gehören vor allem gute Beziehungen zu leistungsfähigen und leistungswilligen Lieferanten, das Vertrauen dieser Lieferanten zur Organisation des Unternehmens, Kreditwürdigkeit der Firma, Zugehörigkeit zu Kartellen, günstiger Standort zum Rohstoffmarkt, kreditgünstige Gesellschaftsform, Auszeichnungen, Diplome, Medaillen usw.

Zu 2.) sind vorwiegend ein angenehmes Betriebsklima, gute Unternehmensleitung, ein eingespielter Arbeiter- und Angestelltenstamm - evtl. mit langfristigen Arbeits- und Anstellungsverträgen -, vernünftige Rationalisierungsmaßnahmen, langjährige Betriebserfahrung und das Vorhandensein von Betriebs- und Fabrikationsgeheimnissen zu zählen.

Zu 3.) gehören die schon bei 1.) genannte Zugehörigkeit zu Kartellen, Syndikaten und Interessengemeinschaften, eine

12) s.a. Weipert Anm. 30 zu § 138

13) wie Anm. 12

14) Splettstößer S. 1185; Hueck, Diss. S.20 ff.

monopolartige Stellung des Unternehmens, Beziehungen zu anderen Unternehmen und zu Geldinstituten.

Unter 4.) sind zu rechnen: wirkungsvolle Reklame, guter Ruf, treuer Kundenstamm ¹⁵⁾, gute Zahlungs- und Lieferungsbedingungen, ferner auch die für den Beschaffungsmarkt wesentlichen Elemente wie günstiger Standort und Auszeichnungen.

Mehrere dieser genannten Elemente des Geschäftswerts kommen in verschiedenen Gruppen vor. Auch ist es häufig so, daß aus dem einen Geschäftswertträger der andere hervorgeht, so daß sie nicht völlig losgelöst voneinander betrachtet werden können. Z.B. erzeugen besondere Auszeichnungen, die ein Unternehmen erworben hat, einen guten Ruf und dieser wieder fördert die Bildung eines treuen Kundenstammes.

Hier ist noch zu bemerken, daß die einzelnen Elemente verschieden starke Bedeutung haben können je nachdem, ob sie in einem Handelsgeschäft oder in einem Industriebetrieb vorliegen. Beim Handelsgeschäft kommt es besonders auf die guten Absatzmarktbedingungen an, beim Industriebetrieb sind die Bezeichnungen zum Beschaffungsmarkt und die innere Organisation wichtiger.

An sich ist es einleuchtend, daß die einzelnen hier genannten Momente ertragsfördernd sind. Jedoch soll zur Verdeutlichung kurz auf einige eingegangen werden.

Die Zugehörigkeit zu Kartellen ¹⁶⁾ wirkt sich z.B. dann besonders günstig aus, wenn Unternehmen sich zum Zwecke des gemeinsamen vorteilhaften Exports zusammenschließen (vergl. § 6 GWB, sog. Exportkartell). Desgleichen ist z.B. ein sogenanntes Konjunkturkrisenkartell (vergl. § 8 GWB), das aus "überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" ausnahmsweise erlaubt werden kann, für die an ihm beteiligten Unternehmen von Nutzen.

15) Auf die Untergliederung der Kundschaft in eine sachliche und eine persönliche weist Vinassa S.8 ff. hin. Darauf soll hier nicht näher eingegangen werden.

16) Zur Frage, wann eine Kartellabsprache erlaubt ist vergl. §§ 1 ff. GWB

Der "günstige Standort" ist m.E. heute bei einem Industriebetrieb wesentlicher als bei einem Handelsgeschäft. Der Industriebetrieb ist vor allem auf die Lieferung von Rohstoffen angewiesen, die umso günstiger ist, je näher der Verarbeitungsort beim Ursprungsort liegt; denn durch die günstige Lage werden die Transportkosten verringert und die Lieferfristen verkürzt. Das Handelsgeschäft hat dagegen bei gutem Ruf auch dann noch günstige Absatzaussichten, wenn es weiter von seiner Absatzgelegenheit, d.h. seiner Kundschaft, entfernt liegt; denn der Kunde wird, wenn er weiß, daß er gute Ware erhalten kann, dafür gerne einen weiteren Weg zurücklegen.

Auch die Gesellschaftsform kann geschäftswertbildendes Element sein. Eine oHG mit 5 vollhaftenden Mitgliedern wird es in der Regel leichter haben, sich Kredit zu verschaffen, als eine KG mit einem vollhaftenden Mitglied und 4 Kommanditisten oder gar als eine stille Gesellschaft, bei der nach außen nur ein vollhaftendes Mitglied in Erscheinung tritt.

Daß ein gutes Betriebsklima den Arbeitseifer und mithin die Erträge steigert, braucht an sich nicht weiter ausgeführt zu werden.

Auszeichnungen wie Diplome und Medaillen sowie das hohe Alter einer Firma sind vor allem bei Handelsgeschäften wesentlich und erhöhen den Geschäftswert.

Die besondere Anziehungskraft und Fähigkeit eines einzelnen in der Gesellschaft tätigen und verbleibenden Gesellschafters, zählt nicht zu den Trägern des **Geschäftswerts** und darf bei Errechnung des Auseinandersetzungsguthabens nicht berücksichtigt werden; denn, wie oben erörtert, darf nur der Wert des lebenden Unternehmens als solcher Berücksichtigung finden. Im Falle des Verkaufs des gesamten Unternehmens können jedoch besondere Eigenschaften der Gesellschafter nicht in Rechnung gestellt werden, weil sie dem Käufer nicht zugute kommen. Andererseits sind besondere Leistungen, die den Ausscheidenden auszeichneten, bei seinem Austritt als Geschäftswert mindernd zu berücksichtigen; denn die durch die besonderen Fähigkeiten des aus-

scheidenden Gesellschafters bislang vorhandenen Aussichten auf Gewinn sind durch sein Ausscheiden aus dem Unternehmen untergegangen und deshalb nicht mehr realisierbar¹⁷⁾.

Es wurde bisher eine Unterteilung der einzelnen Komponenten des Geschäftswerts in vier Gruppen durchgeführt. Eine weitere Gliederung - unter anderen Gesichtspunkten, - ist noch vorzunehmen.

In der Literatur wird nur ganz selten darauf eingegangen, daß es einen "originären" und einen "derivativen" Geschäftswert gibt.

Ein "originärer" Geschäftswert ist dann vorhanden, wenn sich dieser nach und nach im Geschäft entwickelt hat und wenn er noch nicht Gegenstand des Erwerbes bei Veräußerung der Unternehmung war.

Der "derivative" Geschäftswert dagegen ist ein solcher, der bei Veräußerung des Unternehmens schon vorhanden war und für den dem Käufer ein bestimmter Kaufpreis in Rechnung gestellt wurde.

Für die Aufstellung der jährlichen Gewinnermittlungsbilanzen ist diese Unterscheidung wesentlich. In ihnen darf - was ein allgemeiner Bewertungsgrundsatz ist, der auch für Personalgesellschaften gilt¹⁸⁾, jedoch nur in § 133 Ziff.5 AktG seinen Niederschlag gefunden hat - nur der Geschäftswert als Aktivposten erscheinen, der bei Erwerb des Unternehmens durch einen besonderen, gerade für ihn kalkulierten Preis erlangt wurde. Nur der derivative, entgeltliche Geschäftswert darf also in der Erfolgsermittlungsbilanz ausgewiesen werden. Der originäre Geschäftswert dagegen- und sei er noch so groß - ist grundsätzlich nicht unter die Aktiven einzustellen. Ganz anders jedoch bei der Vermögensbilanz, die beim Ausscheiden eines Mitglieds einer Personalgesellschaft aufzustellen ist. Dort ist das Vermögen des Unternehmens darzulegen. Zum Vermögen gehört aber auch der originäre Geschäftswert; denn er bildet einen wirtschaftlichen Wert und kann bei Verkauf des Unternehmens dem Käufer in Rechnung gestellt werden.

17) s.a. Weipert Anm.30 zu § 138; Hueck oHG S.293; Düringer-Hachenburg Anm.11 zu § 138; im gleichen Sinn auch Jonas S.2

18) vergl. Schlegelberger-Hildebrandt Anm.6 zu § 40

Darauf hinzuweisen ist noch, daß der derivative Geschäftswert freilich nicht mit dem Betrag in der Vermögensbilanz erscheinen darf, zu dem er erworben wurde; die Vermögensbilanz soll ja nicht Anschaffungswerte wiedergeben, sondern den augenblicklichen Wert der gesamten Unternehmung darstellen. Der Anschaffungswert kann bei Errichtung der Vermögensbilanz also allenfalls Anhaltspunkt für die Neubewertung sein.

Es bleibt mithin festzuhalten, daß die Unterscheidung von derivativem und originärem Geschäftswert nur bei der Aufstellung von Erfolgsermittlungsbilanzen wesentlich ist. Hier wird jedoch - jedenfalls im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer oHG und KG - nur von der Errichtung einer Vermögensbilanz gehandelt, und es braucht insoweit die oben gemachte Differenzierung nicht berücksichtigt zu werden.

Inwiefern die Unterscheidung von originärem und derivativem Geschäftswert bei der Auflösung der stillen Gesellschaft bedeutsam ist, wird später noch zu prüfen sein ¹⁹⁾.

III. Abgrenzung des Geschäftswerts zu den stillen Reserven und schwebenden Geschäften

In diesem Abschnitt soll die nicht einfache Abgrenzung von stillen Reserven und schwebenden Geschäften einerseits und dem Geschäftswert andererseits vorgenommen werden. Diese Untersuchung ist deshalb wesentlich, weil ein Ineinanderübergehen und daher Verwechseln dieser Begriffe leicht möglich erscheint. Vor Erörterung der Frage, wie der Geschäftswert zu berechnen ist, muß daher versucht werden, Klarheit über den Inhalt und die Abgrenzung dieses Begriffes zu bekommen.

1.) Die Abgrenzung zu den stillen Reserven

Die Gesellschafter sind bei Errichtung der Gewinnermittlungsbilanzen - nicht jedoch bei den Steuerbilanzen - in der Lage, durch Rückstellungen, Unterbewertungen, erhöhte Abschreibungen sowie durch - unzulässige - Höherbewertung

19) Wohl wegen der für die Vermögensbilanz unwesentlichen Unterscheidung von derivativem und originärem Geschäftswert wird diese Unterscheidung in der Literatur nur selten berücksichtigt. Vergl. jedoch Rechtmann, ZhdLwF. 1926, S.101 ff. und 158 ff.

des Fremdkapitals stille Reserven in beliebigem Ausmaß zu bilden und dadurch einen Teil des Jahresgewinnes von der Verteilung auszuschließen²⁰⁾. Sie werden das immer dann tun, wenn sie den bilanzmäßigen Gewinn niedrig halten wollen, damit nicht zuviel Gewinn zu verteilen ist, er vielmehr im Geschäft bleibt, um so das Geschäft lebensfähig zu erhalten oder gar auszudehnen.

Die stillen Reserven sind also die Differenz zwischen dem (höheren) Substanzwert und dem (niedrigeren) Buchwert der Unternehmung²¹⁾. Sie haften an einzelnen Bilanzposten und können von diesen wieder losgelöst werden, indem diese Posten zu ihren wahren Werten in die Bilanz aufgenommen werden. Sie sind mithin Teile der realen Unternehmens-Vermögensgüter, die jedoch in der Bilanz nicht ausgewiesen sind. Der Geschäftswert hingegen ist ein komplexer Wert. Er setzt sich, wie gezeigt, aus verschiedenen Komponenten zusammen und kann nur schwerlich aufgeteilt und bestimmten Bilanzposten zugeordnet werden. Ein weiterer Unterschied zwischen Geschäftswert und stillen Reserven ist in der verschiedenen Art der Realisierbarkeit zu sehen. Der Geschäftswert kann nur geltend gemacht werden bei Veräußerung des Unternehmens im ganzen, bei Einbringung des Unternehmens in ein anderes und bei Eintritt und Austritt von Gesellschaftsmitgliedern, also in Fällen, in denen das Unternehmen zum Teil oder gänzlich in andere Hände übergeht. Stille Reserven dagegen können ohne Schwierigkeiten und ohne Anknüpfung an ein bestimmtes Ereignis aufgelöst werden. Bei der weiteren Betrachtung bleiben die stillen Reserven völlig unberücksichtigt. Es sei nur darauf hingewiesen, daß sie bei Berechnung des Abfindungsguthabens eines ausscheidenden Gesellschafters aufzulösen sind und daß der Ausscheidende an diesen aufgelösten Werten zu beteiligen ist.

2.) Die Abgrenzung zu "schwebenden Geschäften"

§ 740 BGB sieht vor, daß der ausgeschiedene Gesellschafter am Gewinn und Verlust der zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäfte teilnimmt. Das heißt, schwebende Geschäfte sind nicht in die Auseinandersetzungsbilanz miteinzubeziehen. Das ist auch schon deshalb nicht möglich, weil über ihr Ergebnis zum Zeitpunkt der Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz noch nichts gesagt werden kann. Schwebende Geschäfte sind solche, die beim Ausscheiden eines Gesellschafters zwar schon Ansprüche oder Pflichten begründen; sie dürfen aber noch nicht völlig erledigt sein²²⁾.

20) vergl. Duden Anm. 2 E zu § 40 HGB

21) vergl. Tittel S. 82

22) s. a. Duden Anm. 4 H zu § 138; Staudinger-Geiler-Keßler Anm. 1 zu § 740; Schubert S. 52; RGZ 171, 129 (133)

Es genügen also noch nicht bloße Vertragsverhandlungen oder Vertragsangebote, wenn dadurch noch keine Bindungen entstanden sind ²³⁾, vielmehr müssen schon rechtsverbindliche Wirkungen vorhanden sein.

Unter II wurde bereits erörtert, daß solche "immateriellen Werte", die bereits zu Rechten erstarkt sind, nicht unter den Begriff "Geschäftswert" fallen können. Ein "schwebendes Geschäft" trägt bereits Rechtscharakter. Mitunter kann aber zweifelhaft sein, ob ein schwebendes Geschäft vorliegt, das nicht in die Auseinandersetzungsbilanz einzustellen ist, oder ob ein Geschäftswertelement gegeben ist.

Eine Kartellabsprache, die oben S.22 unter die Elemente des Geschäftswerts eingeordnet wurde, ist z.B. nicht, wie man aus der Tatsache, daß sie über den Zeitpunkt des Ausscheidens hinaus fort dauert, schließen könnte, ein schwebendes Geschäft. Sie bildet nur die Grundlage für eine noch unbestimmte Zahl von später abzuschließenden, völlig neuen Geschäften ²⁴⁾. Die neuen Verträge, die sich auf die Kartellvereinbarung zurückführen lassen, sind ebensowenig schwebende Geschäfte, wenn sie zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters noch nicht abgeschlossen sind oder aus ihnen noch keine Ansprüche und Pflichten hergeleitet werden können.

Anders dagegen ist der Fall bei einem sogenannten Sukzessivlieferungsvertrag, bei dem die Liefermenge nach Umfang und Preis schon bestimmt ist, die Ware jedoch jeweils nur auf Abruf des Käufers geliefert wird. Hier werden nicht ständig neue, auf einem Hauptvertrag beruhende Verträge abgeschlossen, sondern es liegt ein einziger Vertrag vor, der nur schrittweise erfüllt wird. Es handelt sich bei einem Sukzessivlieferungsvertrag, der noch nicht ganz erfüllt ist, somit um ein schwebendes Geschäft. Der Ausgeschiedene ist daran nach Maßgabe des § 740 BGB beteiligt.

23) insoweit ist § 145 BGB zu berücksichtigen.

24) vergl. auch Düringer-Hachenburg Anm.12 zu § 138.

Der Auffassung Weiperts ²⁵⁾, nach der sogenannte Rahmenverträge - es handelt sich hierbei um Verträge, die es dem Vertragspartner gestatten, durch bestimmte Handlungen den anderen Vertragsteil zu verpflichten - den Geschäftswert nicht erhöhen, sondern selbständig wie Patente und Lizenzen als Aktivposten in die Abschichtungsbilanz einzustellen sind, kann nicht zugestimmt werden. Weipert bringt als Beispielsfall für einen Rahmenvertrag, daß die Gesellschaft für die Vermittlung von Geschäften für einen Dritten aus jedem zustandegekommenen Geschäft Provisionen fordern könne. Es müssen in solchen Fällen also im "Rahmen" des Hauptvertrages neue Operationen stattfinden, die einen neuen Vertrag zur Entstehung bringen. Ob diese erfolgreich sind, ist vorher nicht abzusehen. Der Fall ist mit einer Kartellabsprache vergleichbar ²⁶⁾. Im Rahmen derselben hat der Kartellbeteiligte, falls es sich nicht um ein sogenanntes Konditionenkartell handelt, eine erhöhte Chance, neue Verträge abzuschließen. Dazu sind neue Vertragsverhandlungen erforderlich, die möglicherweise am Vertragsgegner scheitern. Es ist also nicht allein in das Ermessen des Kartellteilnehmers oder hier der Gesellschaft, die den Rahmenvertrag geschlossen hat, gestellt, ob die Chance, die die Kartellabsprache bzw. der Rahmenvertrag bietet, wirklich gewahrt werden kann. Folglich bietet dieser Rahmenvertrag auch keine absolut sicheren Rechtsansprüche auf künftig zu schließende Verträge und kann demnach weder als Aktivposten in die Auseinandersetzungsbilanz eingestellt werden, noch als "schwebendes Geschäft" gemäß § 740 BGB Berücksichtigung finden. Der Vergleich dieser Rahmenverträge mit einem Patent ²⁷⁾, das als Aktivum in der Bilanz zu erscheinen hat, ist auch deshalb unrichtig, weil beim Rahmenvertrag noch vertragliche Operationen stattfinden müssen, um der Gesellschaft einen Gewinn zu bringen. Beim Patent dagegen hat die Gesellschaft, wenn sie es selbst verwerten will und nicht auf andere Unternehmen durch Lizenzvertrag übertragen möchte, nur noch tatsächliche, meist nur in ihr Ermessen gestellte Handlungen durchzuführen, um aus ihm Vorteile für sich herzuleiten.

25) aaO. Anm. 30 zu § 138

26) Weipert (Anm. 29 zu § 138) zählt selbst - für ihn inkonsequent - das Kartell zu den Trägern des Geschäftswertes.

27) Weipert vergleicht beide Begriffe, siehe hierzu Anm. 25

Beim Patent handelt es sich also um ein Aktivum in der Abschichtungsbilanz, bei einem Rahmenvertrag dagegen um einen Träger des Geschäftswerts, da bei ersterem bereits eine feste, von außen nicht mehr zu beeinflussende Gewinnmöglichkeit besteht, bei letzterem aber nur eine vage Aussicht auf Gewinn vorhanden ist.

Flechtheim²⁸⁾ stimmt in diesem Punkt wohl mit der hier vertretenen Auffassung überein, ist jedoch bezüglich der Sukzessivlieferungsverträge der Ansicht, daß auch sie den Geschäftswert erhöhen und nicht zu den "schwebenden Geschäften" zu zählen sind. Bei einem Bierbezugsvertrag - von diesem Fall **des Sukzessivlieferungsvertrages geht Flechtheim aus - liegt je-** doch bereits ein gänzlich abgeschlossenes Geschäft vor, das keiner neuen rechtlichen, sondern ausschließlich neuer tatsächlicher Operationen zu seiner Erfüllung bedarf. Es handelt sich beim Sukzessivlieferungsvertrag, wie bereits gezeigt, entgegen Flechtheim um ein schwebendes Geschäft, wenn er zum Zeitpunkt des Ausscheidens eines Gesellschafters noch nicht ganz erfüllt ist.

IV. Die Berechnung des Geschäftswertes

Es wurde festgestellt, daß nach herrschender Meinung bei Ausscheiden eines Gesellschafters - jedenfalls für die OHG und KG - eine Bewertung des gesamten Vermögens der Unternehmung zu erfolgen hat. Es wurde ferner hervorgehoben, daß in diesem Wert des Unternehmens im ganzen auch ein Wert enthalten ist der mit Geschäftswert bezeichnet werden soll. Insoweit besteht in der Rechtsprechung und juristischen Literatur weitgehende Übereinstimmung. Über die Art, wie dieser Geschäftswert errechnet wird, diskutiert man dagegen wenig. Hier wird regelmäßig auf § 738 Abs. 2 BGB verwiesen, wonach der Wert des Gesellschaftsvermögens im Wege der Schätzung zu ermitteln ist. Diese Schätzung, so stellt man weiter fest, sei durch einen Sachverständigen durchzuführen. Mit der Frage, wie dieser Sachverständige die Schätzung vornehmen soll, welcher Hilfsmittel er sich dabei bedienen darf oder muß, setzt man sich dagegen fast ausschließlich nur in der betriebswirtschaftlichen Literatur auseinander. Wohl unter dem Gesichtspunkt "iudex non calculat" beschränkt man sich in

28) in Düringer-Hachenburg Anm.12 zu § 138

Juristenkreisen mehr oder weniger auf die Erörterung der Frage, welchem Gesellschaftertypus beim Ausscheiden aus einer Gesellschaft ein Anteil am Geschäftswert zusteht und wie dieser Geschäftswert zu verteilen ist.

Auch der BGH hat ausdrücklich nie zur Berechnungsweise des Geschäftswertes Stellung genommen. Er hat aber in einer Entscheidung über die Auseinandersetzung einer oHG zum Ausdruck gebracht, daß es für die Beteiligung am Geschäftswert unerheblich sei, ob der ausscheidende Gesellschafter an seiner Entstehung durch tätige Mitarbeit oder auf sonstige Weise mitgewirkt habe. Allein entscheidend sei, daß der Gesellschafter am "lebenden Unternehmen" beteiligt gewesen sei und daß sein Anteil nunmehr den verbleibenden Gesellschaftern zuwachse ²⁹⁾.

Damit bringt der BGH zum Ausdruck, daß der Geschäftswert im Gesamtwert eines Unternehmens mitenthalten ist. Folglich geht er - ohne es ausdrücklich darzulegen - davon aus, daß der Geschäftswert erst ermittelt werden kann, nachdem der Gesamtwert des Unternehmens festgestellt ist. Der BGH scheint mithin der sogenannten indirekten Methode der Berechnung des Geschäftswertes zu folgen.

Das ist jedoch keineswegs die einzige Methode, die für die Berechnung des Geschäftswertes vorgeschlagen wurde. Nach Heins ³⁰⁾ soll es vielmehr insgesamt etwa 50 Berechnungsmethoden für den Geschäftswert geben, deren Ergebnisse bis zu 500 % voneinander abweichen. Heins meint daher, daß es keine wirklich logische Methode geben könne, mit deren Hilfe der Geschäftswert auch nur annähernd sicher zu berechnen sei. Hier soll trotzdem versucht werden, eine Bewertungsgrundlage zu ermitteln.

Zunächst ist festzuhalten, daß im wesentlichen nicht 50, sondern nur 2 Bewertungsmethoden entwickelt worden sind, die allerdings jeweils in verschiedenen Abwandlungen vorgetragen werden. Die beiden Grundsatzmethoden werden regelmäßig "direkte" und "indirekte" genannt, seltener "englische"

29) vergl. BGHZ 17, 130 (136)

30) NJW 47/48 S.255

und "deutsche".

Die direkte Methode errechnet den Geschäftswert eines Unternehmens auf die Weise, daß sie vom durchschnittlichen Gewinn oder Umsatz des Unternehmens ausgeht und diesen Betrag kapitalisiert. Die sich daraus ergebende Größe soll der Geschäftswert des Unternehmens sein.

Die indirekte Methode ermittelt den Geschäftswert mittelbar.

Zunächst muß der Gesamtwert des Unternehmens errechnet und die Summe aller Einzelteile des Unternehmens festgestellt werden. Die Differenz aus beiden Werten ergibt nach den Vertretern dieser Methode den Geschäftswert.

1.) Die direkte Methode

a) Die Ansicht Müller's und Berliner's

Müller ³¹⁾ geht bei der Ermittlung des Geschäftswertes **von der Rentabilität des Unternehmens aus. Er führt aus, daß** ein Geschäftswert für den Käufer eines Unternehmens nur dann vorhanden sei, wenn ein Unternehmensgewinn nachhaltig erzielbar sei. Diesen errechnet Müller in der Weise, daß er vom Betriebsreinerfolg eine angemessene Vergütung für die Arbeitsleistung des Gesellschafter und ferner einen angemessenen Zinsertrag für das Eigenkapital der Gesellschafter in Abzug bringt: "Betriebsreinerfolg minus (Kapitalrente + Arbeitsrente)". Den Restwert kapitalisiert er und erhält so den Geschäftswert des Unternehmens. Der Kapitalisierungszinsfuß wird bei Müller ³²⁾ einmal durch die persönliche Tüchtigkeit des Käufers und zum anderen durch mehrere objektive Momente bestimmt, nämlich in welchem Verhältnis Betriebskapitalien, Umsätze und Bruttogewinn in den letzten Jahren zueinander standen, welche Konkurrenz zu erwarten ist, wie schlechthin die wirtschaftliche Zukunft des Unternehmens aussehen wird.

Berliner ³³⁾ ermittelt den Geschäftswert auf ähnliche Weise. Er subtrahiert vom durchschnittlichen Reinertrag - gegebenenfalls wie Müller unter vorangegangener Korrektur für in Zukunft entscheidend veränderte Umstände - ebenfalls eine Arbeits- und Kapitalrente. Die Differenz nennt Berliner dann den "eigentlichen Ertrag des Geschäfts". Diesen eigentlichen Ertrag multipliziert er mit der Anzahl von Jahren, die der Käufer zur Gründung eines gleich guten Geschäftes benötigen würde.

31) a.a.O. S. 300

32) a.a.O. S. 303

33) a.a.O. S. 40 ff.

Durch diese Multiplikation - Berliner geht von etwa 5 - 6 Jahren aus, die zur Gründung eines gleichguten Geschäftes in der Regel nötig seien - erhält man den Geschäftswert des Unternehmens.

Müller's und Berliner's Berechnungswege unterscheiden sich nur hinsichtlich des Kapitalisierungszinses bzw. Multiplikators. Müller zieht zur Ermittlung des Kapitalisierungszinsfußes objektive und subjektive Momente heran, Berliner bestimmt seinen Multiplikator jedoch nur mit Hilfe eines subjektiven Momentes.

b) Die Ansicht des RG

Das RG ³⁴⁾ hat sich einmal im Jahre 1936 zu den Berechnungsmethoden - ohne sie gegenüberzustellen - insofern geäußert, als es ein Verfahren anwandte, das der direkten Methode entsprach. Bindende Richtlinien, nach denen diese Methode allein anzuwenden sei, hat das RG hiermit jedoch nicht geben wollen. Nach RG, das sich weder auf Müller noch auf Berliner beruft, erscheint der Abzug eines Zinssatzes für das investierte Eigenkapital vom Gewinn deshalb gerechtfertigt, weil die Gesellschafter, wenn sie ihr Geld anderweitig angelegt hätten, hierfür ebenfalls Zinsen bekommen hätten. Daß sie diesen Zinsbetrag nur deshalb nicht bekommen sollen, weil sie das Geld in ein eigenes Unternehmen steckten, sei nicht einzusehen. Auch der Abzug einer Vergütung für die Arbeitsleistung sei gerechtfertigt; denn die Gesellschafter würden anderenorts für ihre Leistungen ebenfalls entlohnt werden. Im übrigen müßte das Unternehmen, wenn ein Gesellschafter sterbe, für diesen eine andere Person einstellen, die Gehalt beanspruchen würde. Im Falle der Tätigkeit der Gesellschafter würde dieses Gehalt für Dritte gespart werden und müsse deshalb dem zugeschrieben werden, der zu diesem Ersparnis beitrug.

Es ist festzuhalten, daß für die Berechnung des Geschäftswertes nach der direkten Methode verschiedene Faktoren zu ermitteln sind, nämlich der Betriebsreinerfolg, welcher der

34) RG in JW 1936, 3118

Durchschnitt aus den Gewinnen der letzten Jahre ist, die sogenannte Arbeits- und Kapitalrente und der **Kapitalisierungszinsfuß** bzw. Multiplikator.

c) Das Umsatzverfahren

Eine andere, weniger vertretene Form der direkten Methode ist die, vom Umsatz des Unternehmens auszugehen und diesen zu kapitalisieren. Diese Methode geht zu wenig auf den wirklichen Ertrag des Unternehmens ein; sie übersieht, daß ein noch so hoher Umsatz nichts über den Gewinn eines Unternehmens aussagt. Selbst bei Unternehmen mit außerordentlich hohen Umsätzen ist es denkbar, daß sie ohne Gewinn oder gar mit Verlust arbeiten. Die Errechnung des Geschäftswertes nur anhand des Umsatzes erscheint also verfehlt.

Soll jedoch mittels des Umsatzes der jährliche Reingewinn festgestellt und dieser dann kapitalisiert werden, dann bringt die Umsatzmethode gegenüber dem von Müller und Berliner angewandten Verfahren, abgesehen von dem fehlenden Abzug der Arbeits- und Kapitalrente, nichts Neues.

Das Umsatzverfahren ist für die Praxis zu einfach. Es kann der Berechnung des Geschäftswertes bei einem kompliziert aufgezogenen Unternehmen nicht gerecht werden.

Aber auch die erstgenannte Form der direkten Methode erscheint wenig praktikabel. Einmal müssen bei ihr, wie festgestellt, die nicht immer leicht bestimmbaren Faktoren, Arbeits- und Kapitalrente, berücksichtigt werden, was bei der indirekten Methode, wie noch zu zeigen sein wird, nicht der Fall ist. Zum anderen geht sie nur von den Erträgen - ohne Bezugnahme zum Sachwert - des Unternehmens aus, was auch nicht richtig erscheint. Das mag folgendes Beispiel veranschaulichen:

Ein Unternehmen, das seit 5 Jahren mit einem Eigenkapital von 500.000.- DM arbeitet, hat einen durchschnittlichen Jahresgewinn von 200.000.-- DM erzielt. Nach der direkten Methode müßten die Gesellschafter bei Errechnung des Geschäftswertes von 200.000.--DM einen Wert für die Verzinsung des Eigenkapitals und für die geleistete Arbeit der Gesellschafter abziehen und den verbleibenden Betrag

kapitalisieren. Hätte das Unternehmen kurz vor dieser Berechnung an einen anderen ausgeschiedenen Gesellschafter als Abfindungssumme 150.000.--DM bezahlt, so wäre sein Eigenkapital nur noch 350.000.-- DM hoch und der zukünftige Ertrag deshalb sicher wesentlich geringer als der bisherige. Das würde die ohne Berücksichtigung des Substanzwertes des Unternehmens arbeitende direkte Methode außer acht lassen.

Man wird also die Kapitalbeträge berücksichtigen müssen, wenn man den Geschäftswert errechnen will; denn der Ertrag eines Unternehmens muß zu seinem Substanzwert in Beziehung gesetzt werden, wenn die Rentabilität des Unternehmens richtig festgestellt werden soll. D.h., die bisherigen Kapitalverhältnisse sind zu den bisherigen Gewinnen ins Verhältnis zu setzen, und es ist zu fragen, wie hoch die zukünftigen Gewinne bei den neuen Kapitalverhältnissen sein könnten. **Diese Überlegung kann mathematisch folgendermaßen dargestellt werden:**

altes Kapital: alten Gewinnen = neues Kapital: X

Setzt man obige Beträge ein, so erhält man folgende Gleichung:

$$500.000 : 200.000 = 350.000 : x \text{ oder } \frac{5}{2} = \frac{350.000}{x}$$

oder $x = 140.000$.

Demnach würde der zukünftige, jährliche Gewinn bei im übrigen etwa gleichbleibenden Verhältnissen 140.000.--DM betragen und - nach der direkten Methode - der Geschäftswert des Unternehmens ein Vielfaches dieses Betrages und nicht ein Vielfaches von 200.000.--DM sein.

Daraus ist m.E. ersichtlich, daß die direkte Methode sowohl in der erstgenannten Form wie auch in der Form der Umsatzmethode nicht den gegebenen Verhältnissen entspricht. Sie **läßt den Substanzwert des Unternehmens völlig unberücksichtigt, was nicht richtig sein kann** ³⁵⁾.

35) Im Ergebnis scheint auch der BGH die direkte Methode abzulehnen; denn er wendet, wie ausgeführt, in seiner Entscheidung vom 21.4.55 (BGHZ 17,130,136) die indirekte Methode an.

2) Die indirekte Methode

Auch die indirekte Methode der Errechnung des Geschäftswertes kommt nicht ohne verschiedene Beziehungsgrößen aus. Als Ausgangspunkt ist folgendes festzuhalten:

Zum Zwecke der Ermittlung des Geschäftswertes muß bei der indirekten Methode zunächst der Gesamtwert des Unternehmens errechnet werden. Von diesem wird also zunächst zu handeln sein. Ein Unternehmen als Einheit hat für den Käufer nicht den Wert, den die einzelnen Sachgüter insgesamt ergeben. Der Substanzwert für sich allein kann also nicht den Unternehmensgesamtwert darstellen. Für den Käufer können aber auch nicht allein die Gewinne des Unternehmens in der Vergangenheit maßgeblich für den Wert des Unternehmens sein. Das wurde eben erörtert. Dem Käufer kommt es vielmehr auf den Wert an, den das Unternehmen in Zukunft hat, d.h. für seinen Kauf ist bestimmend, welchen Nutzen ihm das Unternehmen später bringt. Genauso beim Verkäufer. Für ihn ist bei vernünftiger Überlegung nicht bestimmend, was das Geschäft bisher an Gewinnen gebracht hat oder aus welchen Einzelteilen es sich zusammensetzt. Ausschlaggebend ist vielmehr das, was er an zukünftigem Nutzen verliert, den Zukunftsertrag des Unternehmens, der auch - und darauf wurde vorhin hingewiesen - durch den Substanzwert des Geschäfts mitbestimmt wird ³⁶⁾.

Es war bisher nur vom Käufer und Verkäufer eines Unternehmens die Rede, weil im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Unternehmens die Gesamtwertermittlung für die Preiskalkulation besonders wesentlich erscheint. Ebenso ist es jedoch auch beim Ausscheiden eines Gesellschafters. Der Ausscheidende verliert und die Verbleibenden behalten nicht das, was die Gesellschaft bisher an Gewinnen brachte, sondern das, was sie in Zukunft an Gewinnen bringen wird. An diesem Wert muß der Ausscheidende, durch dessen Austritt die verbleibenden Gesellschafter nichts gewinnen sollen, in vollem Umfang beteiligt werden.

36) vgl. Schmalenbach S.39; Kolbe S.20;

Münstermann, Die Bewertung ganzer Unternehmen, Sp.1060

a) Beziehungswerte

Es wurde festgestellt, daß mit Hilfe verschiedener Werte der Gesamtwert eines Unternehmens gefunden und daß dann weiter hieraus der Geschäftswert festgestellt werden kann. Diese Beziehungswerte sollen erläutert werden.

aa) Der Zukunftsertragswert

Der Wert eines Unternehmens wird - wie oben ausgeführt - wesentlich bestimmt durch den Nutzen, den es in Zukunft bringt. Dieser zukünftige Nutzen oder Zukunftsertrag läßt sich jedoch nicht mit Sicherheit vorherbestimmen. Er wird durch verschiedene Umstände beeinflusst, die noch nicht absehbar sind. So können künftige konjunkturelle Schwankungen nicht vorher ermittelt werden und bei Errechnung des Zukunftsertrages Berücksichtigung finden. Auch sonstige außerordentliche Einflüsse auf die Zukunftserträge wie z.B. Kriege, Erdbeben, Brände, Naturkatastrophen oder ähnliches können vor ihrem Eintritt nicht erfaßt werden. Auch ist immer nur ungefähr vorstellbar, wie sich die Marktlage weiterentwickeln wird.

α) Die Vergangenheit als Hilfwert

Deshalb ist man bei Errechnung des Zukunftsertrages auf die Werte angewiesen, die ihn leichter erklärbar machen, nämlich die Erträge der Vergangenheit.

Schmalenbach ³⁷⁾ sagt denn auch: "Nur deshalb, weil wir nicht in die Zukunft sehen können und weil wir das für die Zukunftsschätzungen nötige Material aus der Vergangenheit gewinnen müssen, hat das Vergangene für unsere Schätzungen Interesse." ³⁸⁾

Insoweit stimmen Schmalenbach und Mellerowicz überein.

Beide wollen der Vergangenheit nur eine Hilfsfunktion zuerkennen und sie richtigerweise nur sekundär und nicht primär zur Bestimmung des Zukunftsertrages heranziehen. Lackmann ³⁹⁾ bezweifelt diese Übereinstimmung. In seiner Abhandlung, die

37) aaO. S.39

38) im gleichen Sinn Mellerowicz S.47 f.

39) aaO. S.87 f.

im wesentlichen den Argumentationen Mellerowicz' folgt, versucht er, bei Schmalenbach Umstände zu finden, die gegen die Annahme der Vergangenheitserträge als reinen Hilfwerten sprechen. Er bemängelt bei Schmalenbach besonders die These: "die Vergangenheit ist Maßstab der Zukunft" 40). Völlig zu Unrecht. Schmalenbach meint mit diesen Worten nämlich, wenn man sie in Zusammenhang mit dem bei ihm wenig weiter unten stehenden Satz "Aber diese vergangenen Tatsachen und Geschehnisse sind niemals primär, sondern immer nur sekundär bestimmend." liest, genau das, was auch Mellerowicz ausführt. Schmalenbach will damit zum Ausdruck bringen, daß zwar für den Zukunftsertrag nur die Zukunft maßgebend ist, daß aber die Vergangenheit über die ungewisse Zukunft Aufschluß geben kann. Er weist also nicht weniger deutlich als Mellerowicz darauf hin, daß die Vergangenheitsgewinne nur Hilfwerte sind für die Ermittlung der Zukunftserträge. Es erscheint auch gleichgültig, ob man die Erträge der Vergangenheit gemäß den Zukunftsaussichten korrigiert oder ob man umgekehrt die selbständig geschätzten Zukunftserträge durch die Vergangenheit verbessert. Mellerowicz 41) glaubt in beiden Wegen eine Unterscheidung sehen zu können. Im Ergebnis ist das unrichtig; denn so oder so kommt man auf einen vergangenheitsbezogenen Zukunftsertragswert 42).

Im übrigen erscheint der erstere von beiden Wegen - von Mellerowicz abgelehnt - der praktischere zu sein; denn es ist leichter, die Vergangenheitserträge festzustellen und sie anhand der Zukunftsaussichten zu korrigieren als nur anhand der Zukunftsaussichten die Zukunftserträge zu ermitteln und sie durch die Vergangenheit zu verbessern. Diese Schwierigkeit, ja

40) vergl. bei Schmalenbach S.40; Mellerowicz (S.47) gebraucht i.Ü. eine ähnliche Formulierung; "Demgegenüber hat die Vergangenheit nur insoweit Bedeutung für die Berechnung des Ertragswerts, als sie geeignet ist, einen Maßstab für diese Zukunft abzugeben."

41) aaO. S.48

42) Mellerowicz erkennt das wohl, wenn er auf S.48 ausführt: "Man mag einwenden, daß dies nur eine logische Spitzfindigkeit sei."

fast Unmöglichkeit, die Zukunftserträge nur mittels der Zukunftsaussichten zu berechnen, sieht Mellerowicz 43) später auch selbst ein, wenn er sagt, daß gar nicht abzu-sehen sei, was alles für die Vorausschätzung des zukünftigen Ertrages in Frage kommt.

Es ist also festgestellt, daß die Vergangenheit für die Zukunftserträge richtungweisend sein kann und muß.

Fraglich bleibt jedoch, welche vergangenen Jahre bei der Errechnung des Zukunftsertrages helfen sollen.

Der Gewinn des letzten bzw. laufenden Jahres wird regelmäßig auszuschalten sein. Dieses Geschäftsjahr steht schon zu sehr unter dem Einfluß der Manipulationen, die im Hinblick auf das Ausscheiden des Gesellschafters gemacht worden sind. Auch für die weiteren vergangenen Jahre ist jedoch nicht von den Gewinnen der Erfolgsermittlungsbilanz auszugehen, sondern besser von den Gewinnen der Ertragssteuerbilanz, da in der Regel nur diese höchste Objektivität besitzt. D.h. also, es müssen die objektiven Gewinne vergangener Jahre berücksichtigt werden. Wie weit wird man hierzu in die Vergangenheit zurückgehen müssen? Die Literatur verlangt meist 3 - 5 Jahre. Auch Schmalenbach 44) geht davon aus, daß die letzten drei Jahre zugrunde gelegt werden. Er warnt jedoch, dies zu einem Schema werden zu lassen, weil jede Zukunftsertragsermittlung sich den Erfordernissen des speziell zu bewertenden Unternehmens anpassen müsse.

Generell wird man sagen können, daß die Vergangenheitswerte als Ausgangsbasis dienen müssen, die erstens vergleichbar und zweitens nachhaltig erzielbar sind. Nachhaltig erzielbar kann man aber nur solche Gewinne nennen, die nicht einmalig in dieser Branche sind. Diejenigen Vergangenheitsgewinne sind also nicht vergleichbar, die besonders hoch oder besonders niedrig sind.

43) aaO. S.53

44) aaO. S.43

Man könnte also die letzten 5 Jahre als Vergleichsmaßstab heranziehen, davon den höchsten und niedersten Jahresertrag ausscheiden und aus den verbleibenden drei Jahren den Durchschnittsertrag des Unternehmens errechnen. Aber auch diese Berechnung mag willkürlich erscheinen; denn ebenso gut könnte man die letzten 10 oder gar 20 Jahre zugrunde legen und so möglicherweise ein noch klareres Bild von der Gewinnnachhaltigkeit bekommen. Dieser Weg hätte aber wieder den Nachteil, daß er einmal sehr umfangreiche Ermittlungen und Berechnungen verlangt und zum anderen die inzwischen erfolgten Strukturveränderungen des Unternehmens leicht zu verwischen droht 45).

Es wird deshalb vorgeschlagen, folgenden Weg zu beschreiten: Der Durchschnittsgewinn eines Unternehmens wird aus den Gewinnen der letzten 8 Jahre errechnet. Aus diesen 8 Jahren werden das erfolgreichste und gewinnärmste gestrichen und von den verbleibenden 6 Jahren wird der Bewertung immer nur jedes zweite unter Überspringen des dazwischenliegenden zugrunde gelegt. Da die Jahre mit den - nach oben und unten - extremen Gewinnen unberücksichtigt bleiben und außerdem die Gewinne eines längeren Zeitraums zur Bewertungsgrundlage gemacht werden, wird man auf diesem Weg zu einem einigermaßen gerechten Bild der Erfolgstendenz des Unternehmens kommen und die vergleichbaren, d.h. nachhaltig erzielten Vergangenheitsgewinne herausfinden können. Die Bewertung nur jedes zweiten Jahres trägt im übrigen dazu bei, daß besondere Gewinne oder besondere Verluste, die innerhalb eines längeren Zeitraums erzielt worden sind, ausgeglichen werden. Freilich darf auch dieses System nicht zum starren Schema werden, sondern muß beweglich, das heißt gegebenenfalls abänderbar sein.

45) vergl. Schmalenbach S.45

β) Die Korrektur des Vergangenheitsgewinnes

Der nach erfolgter Durchschnittsertragsrechnung erhaltene Wert ist nunmehr entsprechend den in der Zukunft voraussichtlich wirksamen und bereits zu ermittelnden Einflüssen zu berichtigen.

Hierbei sind 3 Faktoren zu berücksichtigen:

1. die allgemeine wirtschaftliche Lage
2. die wirtschaftliche Lage der betreffenden Branche
3. die wirtschaftliche Lage des betreffenden Unternehmens 46).

Der erste Faktor ist hiervon am schwersten zu konkretisieren. Es ist meist völlig unbestimmt, wie sich die allgemeine wirtschaftliche Lage entwickeln wird. Auch die Entwicklungstendenz der betreffenden Branche ist schwierig zu übersehen. Immerhin läßt sich aber z.B. bei Branchen, die einen Modeartikel herstellen oder vertreiben, in etwa vorhersagen, ob dieser Artikel weiterhin Erfolgsaussichten hat oder nicht, ob das Geschäft also weiterhin floriert oder die **Gewinntendenz fallend ist**.

Die wirtschaftliche Lage des betreffenden Unternehmens läßt sich besser - wenn auch nicht sicher - bestimmen. Bekannt ist nämlich beim Ausscheiden eines Gesellschafters, daß nunmehr dessen Arbeitskraft und Kenntnisse verloren gehen und daß ferner durch die an ihn zu zahlende Abfindung ein Teil des Grundkapitals dem Unternehmen entzogen wird. Auch etwaige betriebliche Änderungsabsichten der verbleibenden Gesellschafter sind bekannt und können auf die Korrektur der Vergangenheitsgewinne erhöhend oder mindernd einwirken. Diese Korrektur des Vergangenheitsdurchschnittsgewinns soll ihn dem zukünftigen Gewinn ähnlich machen, d.h., aufgrund dieser Korrektur der Vergangenheitserträge soll der Zukunftsdurchschnittsgewinn annähernd genau fixiert werden. Daß dabei jedoch später völlig überraschende Einflüsse unberücksichtigt bleiben müssen, erscheint selbstverständlich. Hier liegt also ein Unsicherheitsmoment, das nie ganz auszuschalten ist.

46) vergl. Mellerowicz S.51

γ) Der Kapitalisierungszinsfuß

Der Kapitalisierungszinsfuß ist die Größe, die bei der Errechnung des Zukunftertragswertes eines Unternehmens am **schwersten** zu fixieren ist. Dabei erscheint ihre genaue Feststellung besonders wichtig, weil jede kleinste Veränderung sich erheblich auf den zu ermittelnden Ertragswert auswirkt.

Mit dem Kapitalisierungszinsfuß wird gesagt, in welcher Höhe sich unter normalen Umständen das in ein Unternehmen investierte Kapital verzinsen muß. Die Höhe des Kapitalisierungszinsfußes wird bestimmt durch mehrere Faktoren, einmal durch den allgemein üblichen Landeszins, zum anderen durch das Risiko, das auf den einzelnen Unternehmungsformen, Geschäftszweigen und dem einzelnen Unternehmen selbst lastet ⁴⁷⁾. **Daß** der landesübliche Zins nach fast allen Lehrmeinungen die Grundlage des anzusetzenden Kapitalisierungszinsfußes bildet, mag einleuchtend sein; denn mindestens in seiner Höhe hätte der Kapitalgeber sein Geld ohne Schwierigkeiten an verschiedenen Stellen verzinsen können. Da der Kapitalgeber sein Geld jedoch in einem Unternehmen investiert hat, das gewissen Risiken unterliegt, ist seiner Investition nicht die Sicherheit gewährt, die ihr bei einer "mündelsicheren" Geldanlage (§ 1807 BGB) zuteil würde. Für diese mangelnde Sicherheit - das Risiko - soll der Kapitalgeber mit über dem Landeszins liegenden Zinsen abgefunden werden.

47) Rechtmann (S.116) will darüber hinaus noch besonders die Lebensdauer in der entsprechenden Branche im Kapitalisierungszins berücksichtigt wissen und den Kapitalisierungszins höher ansetzen, wenn es sich um eine vermutlich kurzlebige Branche handelt. **Das ist nicht erforderlich**, denn der Faktor "Lebensdauer" wird schon im Branchenrisiko mitberücksichtigt.

Mellerowicz ⁴⁸⁾ und ihm folgend Lackmann ⁴⁹⁾ bringen das in der Weise zum Ausdruck, daß sie den Kapitalisierungszins errechnen aus dem Mittel zwischen Landes- und Branchenzins als allgemeiner Grundlage und diesem Wert einen den betriebsindividuellen Verhältnissen angemessenen Zuschlag hinzufügen.

Schmalenbach ⁵⁰⁾ dagegen verlangt, daß der landesübliche Zinsfuß um einen Wert erhöht wird, der das in der Unternehmungsform, -größe und im Geschäftszweig liegende Risiko berücksichtigt.

Auf beide Lösungsversuche soll kurz eingegangen werden. Mellerowicz ⁵¹⁾ will bei der Ermittlung des Kapitalisierungszinses einmal einen generellen Maßstab, den landesüblichen Zins, anwenden, ferner die Risikomomente der entsprechenden Branche berücksichtigen - er nennt das den Branchenzins - und des weiteren einen speziell für das in Rede stehende Unternehmen, d.h. betriebsindividuellen Zins hinzufügen. Die von Mellerowicz vorgenommene Kombination dieser drei Faktoren ist m.E. nicht richtig.

Mellerowicz will als Grundlage des Kapitalisierungszinses nämlich das Mittel von Landes- und Branchenzins anwenden. Es ist nicht einzusehen, warum gerade das Mittel zwischen beiden Werten die richtige Grundlage abgeben soll.

Zwei Beispiele mögen die Fragwürdigkeit dieser Mittelung verdeutlichen:

1. Der landesübliche Zins soll 5 % betragen. Der Branchenzins - es soll sich um eine fast gänzlich gegen Konjunkturschwankungen immune Branche handeln - soll in Höhe von 10% veranschlagt werden. Nach Mellerowicz wäre also die

48) aaO. S.79

49) aaO. S.55

50) aaO. S.50 ff.

51) aaO. S.73 ff.

allgemeine Grundlage des Kapitalisierungszinses 7,5 %. Diesem Wert wäre noch das spezielle Betriebsrisiko hinzuzufügen, um den richtigen Kapitalisierungszins zu erhalten.

2. Der landesübliche Zins soll wieder 5 % betragen. Der Branchenzins - der Unternehmenszweig ist gefährdeter - soll eine Höhe von 20 % haben. Die allgemeine Grundlage des Kapitalisierungszinses wäre nach Mellerowicz hier 12,5 %. Dem könnte nur wieder ein spezielles Betriebsrisiko und nicht noch ein allgemeines Branchenrisiko hinzugefügt werden. Das hieße, obwohl das Kapital im zweiten Unternehmen wesentlich gefährdeter ist, nämlich um 10 %, soll es nur um 5 % mehr verzinst werden. Hier wird dem erhöhten Risiko des Kapitalgebers nicht genügend Rechnung getragen. Wer sein Geld erheblich gefährdeter anlegt, möchte es in gleich höherem Maße verzinst wissen. Sonst würde niemand mehr bereit sein, sein Kapital in besonders gewagte Unternehmen zu investieren.

Schmalenbach verlangt nicht diese Mittelung von Landeszins und Branchenzins, obwohl er beide berücksichtigt. Zwar nennt er den entsprechenden Zins nicht Branchenzins, sondern Zins für das im entsprechenden Geschäftszweig vorhandene Risiko; er meint damit jedoch dasselbe. Wenn Schmalenbach ferner Unternehmungsform und -größe berücksichtigt, so geht daraus hervor, daß er auch auf die betriebsindividuellen Verhältnisse eingeht. Er fordert entgegen Mellerowicz nicht, daß aus den erstgenannten Werten ein Mittelwert gebildet wird. Er verlangt nur die Berücksichtigung dieser Momente und kann so den Erfordernissen des Einzelfalles mehr Rechnung tragen, als wenn er sich von vornherein auf eine starre Mittelung eingelassen hätte. Nach Schmalenbach kann deshalb auch den Anforderungen der beiden genannten Fälle mehr gefolgt werden, und das Branchenrisiko kann das Gewicht erhalten, das es verdient.

Zur Höhe des Kapitalisierungszinsfußes ist zusammenfassend festzustellen:

Es ist vom landesüblichen Zins auszugehen. Der landesübliche Zins ist dabei als der allgemeine Maßstab anzusehen, mit dem eine bestimmte risikofrei angelegte Kapitalsumme im entsprechenden Land sich verzinsen würde. Er ist demnach zu bemessen nach dem für langfristige Geldanlagen nachhaltig erzielbaren Zinsertrag. Es kann somit zu seiner Feststellung von dem allgemein üblichen Zinssatz eines Landes für Staats- und Kommunalanleihen, Pfandbriefe und erststellige Hypotheken ausgegangen werden. Diesem Zinsbetrag sind Risikoprämien für Unternehmungsform, -größe und entsprechende Branche hinzuzufügen, wobei nach dem Grundsatz der kaufmännischen Vorsicht der Risikozuschlag eher zu hoch als zu niedrig zu bemessen ist ⁵²⁾. Es wird hierbei nicht verkannt, daß es schwer sein dürfte, die genannten Risiken ziffernmäßig zu erfassen ⁵³⁾. Das darf aber nicht die grundsätzliche Richtigkeit der hier dargestellten Berücksichtigung der einzelnen Risikoelemente beim Kapitalisierungszinsfuß in Frage stellen.

δ) Die Existenzdauer des Unternehmens

Bei der Ermittlung des Zukunftsertragswertes ist noch eine weitere Größe zu erörtern: die Lebensdauer des zu bewertenden Unternehmens. Die weitaus größte Zahl der Unternehmen sind für unbestimmt lange Zeit gedacht, jedoch ist es auch denkbar, daß die Existenzdauer durch Vertrag (so bei Heimfallunternehmen) oder durch Fortfall des Unternehmenszwecks begrenzt ist.

Bei Unternehmungen mit unbegrenzter Lebensdauer ist eine besondere Berücksichtigung des Zeitfaktors nicht erforderlich. Im Falle der begrenzten Lebensdauer sind Mellerowicz ⁵⁴⁾ und Lackmann ⁵⁵⁾ ebenfalls der Auffassung, daß eine

52) vgl. Mellerowicz S.80

53) Bezüglich der ziffernmäßigen Höhe der einzelnen Risiken wird auf Mellerowicz (S.81 ff.), Schmalenbach (S.50 ff.) und Kolbe (S.55) verwiesen. Sie erkennen alle die Schwierigkeiten der Berücksichtigung dieser kaum erfassbaren Risikomomente.

54) aaO. S.95

55) aaO. S.65 f.

Berücksichtigung des Zeitmomentes nicht nötig sei. Dieser Ansicht ist entgegenzutreten. Der Wert eines Unternehmens ist dann ein anderer, wenn es in 10 Jahren aufhört zu existieren, als wenn es für "ewig" gedacht ist.

Im Falle, daß es nur noch 10 Jahre existiert, bringt es auch nur noch 10 Jahre lang einen Ertrag und am Schlusse einen Liquidationsertrag. Existiert es dagegen noch **unbestimmt** viele Jahre, so bringt es x Jahre lang einen Ertrag und außerdem auch noch am Ende der x Jahre einen Liquidationserlös. Ein Käufer wird sich also wegen des höheren Zukunftsgesamtertrages immer eher zum Kauf eines langlebigen Unternehmens entschließen können als zum Kauf eines nur noch wenige Jahre existierenden Geschäfts.

Die Mehrzahl der Autoren berücksichtigt deshalb auch den Zeitfaktor bei von vornherein feststehender, terminierter Existenzdauer.

Allerdings führt eine zeitlich begrenzte Rente bei Zinsfüßen ab 4 % wegen des Wesens der Zinseszinsrechnung bei einer voraussichtlichen Nutzungsdauer von 30 - 50 Jahren zum nahezu selben Ergebnis wie eine ewige Rente ⁵⁶⁾. Mit Rücksicht darauf kann die Praxis regelmäßig mit der einfachen Formel für ewige Renten auskommen.

Da jedoch erst bei einer Existenzdauer von noch mindestens 30 Jahren das Zeitmoment seine Bedeutung verliert, kann es ausnahmsweise auch einmal wesentlich sein, bei Errechnung des Ertragswertes eines Unternehmens die sogenannte Rentenbarwertformel zu benutzen. Denn scheidet aus einer OHG, die noch 15 Jahre existieren soll, ein Gesellschafter aus, so ist es für die verbleibenden Gesellschafter gerechter, wenn der Zukunftsertragswert nicht nach der Formel für ewige Renten, sondern nach der Rentenbarwertformel berechnet wird. Im zweiten Fall wird nämlich der Ertragswert, mithin auch der Gesamtwert, niedriger sein und infolgedessen die an den Ausscheidenden zu zahlende Abfindungssumme eine geringere Höhe haben.

56) vergl. Sudhoff S.271

Da die in der Betriebswirtschaft entwickelten Formeln zur Errechnung des Ertragswertes dann grundsätzlich angewendet werden, wenn ein Unternehmen bewertet wird, sollen sie hier ergänzend dargestellt werden: 57)

Für Unternehmen mit begrenzter Existenzdauer, die keinen Liquidationserfolg haben (Heimfallunternehmen), gilt folgende Formel:

$$V = \frac{E_1}{q} + \frac{E_2}{q^2} + \frac{E_3}{q^3} + \dots + \frac{E_n}{q^n}$$

Dabei ist W = Zukunftsertragswert

E = der Jahreserfolg der künftigen Jahre

q = Aufzinsungsfaktor = $1 + i = 1 + \frac{p}{100}$

i = $\frac{p}{100}$ = Einheitszinsfuß auf 1 bezogen

p = Kapitalisierungszinsfuß auf 100 bezogen

L = Liquidationserlös.

Sind die Jahresgewinne gleich groß, so vereinfacht sich obige Formel zu folgender geometrischer Reihe:

$$W = \frac{E}{q} + \frac{E}{q^2} + \dots + \frac{E}{q^n} = \frac{E}{q^n} + \frac{E}{q^{n-1}} + \dots + \frac{E}{q^3} + \frac{E}{q^2} + \frac{E}{q}$$

und somit zur zitierten Rentenbarwertformel, nämlich:

$$W = \frac{E}{q^n} \cdot \frac{q^n - 1}{q - 1}$$

Für Unternehmen mit begrenzter Existenzdauer und Liquidationserlös ist obige Formel zu ergänzen zu:

$$W = \frac{E}{q^n} \cdot \frac{q^n - 1}{q - 1} + \frac{L}{q^n}$$

Für Unternehmen mit unbegrenzt gedachter Existenzdauer und gleich großen Jahreserfolgen ist in der Rentenbarwertformel n durch ∞ (unendlich) zu ersetzen. Das ergibt dann folgende Gleichung:

$$W = \frac{E}{q^\infty} \cdot \frac{q^\infty - 1}{q - 1}$$

Da q^∞ und $q^\infty - 1$ unendliche Größen sind, erhalten wir folgende gekürzte Formel:

$$W = \frac{E}{q - 1} = E \cdot \frac{100}{p}$$

57) Im übrigen wird zu diesem Punkt, der wegen seiner geringen praktischen Bedeutung nicht weiter behandelt werden soll, auf die betriebswirtschaftliche Literatur verwiesen. Vgl. vor allem: M.R. Lehmann, S. 471 ff., Schmelenbach S. 55 ff. und Münstermann, Die Bewertung ganzer Unternehmen Sp. 1062 f., sowie die dort angegebene Literatur. Die Formelzusammenstellung ist Münstermann aaO. entnommen.

Ergebnis der Erörterungen über den Zukunftsertragswert

Der Wert eines Unternehmens wird wesentlich durch seinen zukünftigen Nutzen bestimmt. Da nicht in die Zukunft gesehen werden kann, sind zur Ermittlung des Zukunftsertragswertes die Vergangenheitserträge als Hilfwerte erforderlich. Es dürfen der Zukunftsertragsrechnung jedoch nur solche Vergangenheitswerte zugrunde gelegt werden, die nachhaltig erzielbar sind. Die Vergangenheitserträge müssen im Hinblick auf die veränderten Umstände der Zukunft korrigiert werden. Zum Erhalt des Zukunftsertragswertes muß dieser korrigierte, durchschnittliche Vergangenheitsgewinn kapitalisiert werden. Der Kapitalisierungszinsfuß setzt sich hierbei aus dem landesüblichen Zins, dem Branchenzins und einem Zinszuschlag für das Risiko, das in der entsprechenden Unternehmungsform und -größe liegt, zusammen. Die Existenzdauer ist bei der Kapitalisierung nur dann von Bedeutung, wenn schon zum Zeitpunkt der Zukunftsertragserrechnung feststeht, daß das Unternehmen höchstens noch 30 Jahre existiert. Ist das Unternehmen für unbestimmt lange Zeit gedacht, so spielt der Zeitfaktor keine Rolle.

bb) Der Gesamtwert

Um den Geschäftswert eines Unternehmens ermitteln zu können, muß zunächst dessen Gesamtwert festgestellt werden.

Nach Mellerowicz⁵⁸⁾, Münstermann⁵⁹⁾ u.a. ist bereits der Zukunftsertragswert der Gesamtwert einer Unternehmung; denn - so argumentieren sie - der Wert eines Unternehmens richtet sich ausschließlich nach seinem zukünftigen Nutzen. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Sie berücksichtigt zu wenig die Interessen der Parteien, die an einer Gesamtwertermittlung interessiert sind.

Ein Käufer fragt nicht ausschließlich nach dem Gewinn, den ihm ein Unternehmen bringt. Er will auch wissen, welche Mittel er hätte aufwenden müssen, um in einem eigenen Unternehmen dieselben Gewinne zu erzielen.

58) aaO. S. 19

59) aaO. Die Bewertung ganzer Unternehmen, Sp.1062

Er setzt also Substanzwert und Ertragswert zueinander in Beziehung. Das Angebot eines Käufers wird daher auch meist zwischen dem Substanzwert und dem Ertragswert liegen. Das geht auch daraus hervor, daß der Käufer bei seinem Kauf etwas verdienen will. Zahlt er aber den vollen Ertragswert, so verdient er an seinem Kauf nichts. Er zahlt nämlich dann selbst die Erträge, die er später erzielt und hat von dem Unternehmen keinen Nutzen mehr.

Es geht also im praktischen Fall, und den darf man, da die Theorie der Praxis dienen soll, nicht aus dem Auge verlieren, darum, die Interessen des Käufers und Verkäufers zu berücksichtigen. Beide Parteien wissen, daß der Substanzwert eine verhältnismäßig sicher ermittelte Größe ist, der Ertragswert dagegen nur einen ungefähren Schätzwert darstellt. Aus diesem Grunde sind sie bereit, sich bei der Gesamtwertermittlung auch vom Substanzwert und nicht nur vom Ertragswert leiten zu lassen.

Die Praxis bildet deshalb zu Recht meist das Mittel zwischen Substanzwert und Ertragswert, wenn der Gesamtwert eines Unternehmens erfaßt werden soll. Weil dieses Verfahren etwas willkürlich erscheinen mag - denn warum soll der wirkliche Gesamtwert genau auf der Mitte zwischen Ertrags- und Sachwert liegen? - kann man vor der Mittelung Ab- oder Zuschläge, die den speziellen Unternehmenscharakter berücksichtigen, beim Ertrags- und Substanzwert vornehmen. Außerdem kann der durch die Mittelung gefundene Gesamtwert noch durch Abzug oder durch Hinzufügung einer weiteren Größe korrigiert werden.

Schmalenbach ⁶⁰⁾ gibt außer den erwähnten Gründen für die Mittelung des Ertrags- und Substanzwertes zur Gesamtwertbildung noch einen weiteren an. Er sieht einen solchen Grund in der Tatsache, daß das Unternehmen besonders stark konkurrenzgefährdet ist, das einen wesentlich über dem Substanzwert liegenden Ertragswert habe.

Richtig daran ist der Ausgangspunkt. Ein Unternehmen, das einen sehr hohen Ertrag abwirft, wird schneller als andere Unternehmen Konkurrenten finden, weil sich jeder Unternehmer

60) aaO. S. 66

in diesem Geschäftszweig ebenso günstige Ertragsaussichten errechnet.

Unrichtig an der Überlegung Schmalenbachs ist jedoch, diese erhöhte Konkurrenzgefahr dadurch zu berücksichtigen, daß man den Gesamtwert eines Unternehmens nicht aus dem Ertragswert allein, sondern aus dem Mittel von Ertrags- und Substanzwert bildet; denn die erhöhte Konkurrenzgefahr ist ja bereits bei der Ermittlung des Kapitalisierungszinsfußes innerhalb des Branchenrisikos in Rechnung gestellt worden. Würde man also die Mittelung von Substanz- und Ertragswert mit der Konkurrenzgefahr begründen, so würde das auf eine doppelte Berücksichtigung des Konkurrenzfaktors hinauslaufen. Die Begründung für die Gesamtwertbildung aus der halben Summe von Substanz- und Ertragswert beruht m.E. mithin nicht auf der Tatsache der erhöhten Konkurrenzgefahr, sondern baut auf den vorhergenannten praktischen Erwägungen auf.

cc) Der Substanzwert

Es wurde bisher wiederholt vom Substanzwert eines Unternehmens gesprochen, ohne daß dieser Begriff geklärt war. Das soll noch geschehen.

Der Gesamtwert eines Unternehmens wird mit Hilfe des Ertrags- und Substanzwertes gebildet. Es bleibt zu erörtern, wie der Substanzwert überhaupt ermittelt werden kann.

Die Substanz eines Unternehmens ergibt sich aus der Addition aller materieller und immaterieller Güter unter Abzug der Passiva.

Welcher Wertansatz entspricht diesen Merkmalen?

α) Der Anschaffungswert

Der Anschaffungswert ist der Wert, für welchen die einzelnen Güter des Unternehmens - z.T. schon vor vielen Jahren - erworben wurden. Seit der Anschaffung können sich schon große Wertverschiebungen ergeben haben. Deshalb kann der Anschaffungswert als Substanzwert nicht in Frage kommen; denn der Substanzwert soll den derzeitigen Sachwert des Unternehmens angeben und nicht den Wert, den es vor geraumer Zeit besaß.

β) Der Buchwert

Der Buchwert ist ein angenommener, willkürlicher Wert, der nicht dem wirklichen Wert der Substanz zu entsprechen braucht. Er wird nur unter dem Gesichtspunkt der Gewinnermittlung und nicht unter dem der Vermögensdarstellung festgelegt. Er gibt also auch keine Aufklärung über den wirklichen Substanzwert eines Unternehmens.

γ) Der Liquidationswert

Auch der Liquidationswert kommt als Maßstab für den Substanzwert nicht in Betracht, da er meist geringer als der wirkliche Sachwert ist. Es erhellt, daß der Wert einer Sache im Unternehmensganzen größer ist, als wenn sie aus Liquidationsgründen als einzelne gesondert veräußert werden muß. Die Erträge, die bei der Liquidation eines Unternehmens erzielt werden, liegen nämlich in der Regel unter dem Wert, den der Unternehmer jetzt für den Erwerb der veräußerten Sachgüter zu verausgaben hätte.

δ) Der Reproduktionskostenwert

Der Reproduktionskostenwert, z.T. auch Rekonstruktionskostenwert oder nur Reproduktions- bzw. Rekonstruktionswert genannt, richtet sich nach den gegenwärtigen Verhältnissen auf dem Beschaffungsmarkt. Er ist also echter Maßstab für die Bewertung der einzelnen Vermögensteile am Bewertungsstichtag ⁶¹⁾.

Manche nennen diesen Wert auch "Kostenwert", was aber deshalb nicht günstig erscheint, weil unter Kostenwert nicht nur der Reproduktionskostenwert, sondern auch der Anschaffungskostenwert verstanden werden kann.

Der Reproduktionskostenwert ist nicht immer leicht zu errechnen. Es erscheint nahezu unmöglich, einen vollen Reproduktionskostenwert zu ermitteln und zwar deshalb, weil zur Reproduktion des gesamten Unternehmens auch die Erfassung der Organisationskosten erforderlich wäre. Diese Organisationskosten sind in verschiedener Form und zu **verschiedenen** Zeitpunkten in das Unternehmen gesteckt worden. Es wäre aus-

61) vgl. Mellerowicz S.37 ff. und 168; Lackmann S.33; Kolbe S.25; Kobs S.21

sichtslos zu verlangen, sie im einzelnen wieder zu erfassen und zu addieren, um so einen Gesamtreproduktionskostenwert zu bilden. Der hier behandelte Reproduktionskostenwert setzt sich daher nur aus der Summe des reproduzierten toten Inventars zusammen und wird deshalb nur Teilreproduktionskostenwert genannt ⁶²⁾.

Bevor auf die weitere Bewertung des Reproduktionskostenwertes eingegangen werden soll, ist auf folgendes hinzuweisen: Im Teilreproduktionskostenwert dürfen nur die Güter des Unternehmens erfaßt werden, die betriebsnotwendig sind; denn nur diese tragen zur Erzielung des künftigen Gewinnes bei, worauf es allein ankommt ⁶³⁾.

Die Ermittlung, auch nur des Teilreproduktionskostenwertes, macht große Schwierigkeiten.

Der Reproduktionskostenwert des Umlaufvermögens und der Passiva ist noch verhältnismäßig leicht zu bestimmen. Die Passiva sind der Höhe nach bekannt und das Umlaufvermögen läßt sich am besten anhand von Preislisten und Katalogen der Lieferfirmen feststellen, und wenn es sich bei dem zu bewertenden Unternehmen selbst um einen Industriebetrieb handelt, anhand der eigenen Kataloge, in welchen die Verkaufspreise niedergelegt sind.

Schwierig ist die Ermittlung des Wertes des Anlagevermögens. Häufig lassen sich Wiederbeschaffungspreise - auch Marktpreise genannt ⁶⁴⁾ - nicht ermitteln, weil die zu bewertenden Güter nicht mehr hergestellt werden oder weil sie in Selbstfertigung hergestellt wurden, so daß von Marktpreisen nicht die Rede sein kann und konnte.

In solchen Fällen ist man auf Vergleiche und Schätzungen von Sachverständigen angewiesen. Sie können bei der Bewertung von Grundstücken mit dem erzielten Preis für ähnliche Grundstücke Vergleiche anstellen. Genauso für Maschinen, Transportmittel und Einrichtungsgegenstände. Sind aber Vergleichspreise nicht vorhanden, dann werden die Gutachter anhand des derzeitigen Zustandes der Güter deren Restlebensdauer zu schätzen haben und auf diese Weise den Wert des

62) Auch insoweit in Übereinstimmung mit den in der Anm. 61 genannten Autoren.

63) vgl. Kolbe S. 25; daß Schmalenbach der gleichen Ansicht ist, geht aus seinen Erörterungen auf S. 80 hervor.

64) Definition bei Müller S. 197

toten Inventars zum augenblicklichen Zeitpunkt annähernd genau feststellen können. Die Sachverständigen werden bei dieser Bewertung vor allem immer berücksichtigen müssen, daß sie zwar jedes Gut einzeln, aber im Unternehmensganzen stehend und notwendigerweise dazugehörend, zu bewerten haben. Sie müssen also jedem Vermögensteil nicht nur einen abstrakten Wert beilegen, sondern dieses Vermögensstück im Rahmen der Unternehmenseinheit auf seinen Wert schätzen.

Als Ergebnis ist festzuhalten:

Nur der Reproduktionskostenwert gibt die Größe des Substanzwertes an. Es handelt sich bei dem gefundenen Substanzwert aber nur um einen Teilreproduktionskostenwert, weil die Organisationkosten nicht mehr abschätzbar sind. Eben weil dieser Wert nur ein Teilwert ist und wegen der weiteren, vorher angegebenen Gründe, ist zur Ermittlung des Gesamtwertes eines Unternehmens eine Erhöhung dieses Wertes nötig. Diese erfolgt in der Weise, daß aus dem Substanzwert - er wird auch Sach- und Realwert genannt - und dem Ertragswert das Mittel zu bilden ist.

b) Der Geschäftswert

Der Gesamtwert G eines Unternehmens wurde auf folgende Weise ermittelt:

$$G = \underline{\text{Substanzwert} + \text{Ertragswert}}$$

2

Wenn nun der Geschäftswert mittels der indirekten Methode errechnet werden soll, so ist - wie sich aus allem Vorhergesagten zwingend ergibt - vom Gesamtwert G der Substanzwert S zu subtrahieren und man erhält so den gesuchten Geschäftswert Gw.

$$Gw = G - S$$

Vergegenwärtigt man sich noch einmal die unter C I. aufgestellte Definition des Geschäftswertes "Der Geschäftswert ist der wertbehaftete Teil eines Unternehmens, der über den Wert der einzelnen Aktiven (materieller und immaterieller Art) abzüglich der Passiven hinausgeht und den Ertrag des Unternehmens in günstiger Weise beeinflusst", so ergibt sich hieraus, daß es sich bei ihm um den Wert eines Unternehmens handelt, der über den Substanzwert, d.h. Teil-

reproduktionskostenwert, hinausgeht und nach oben durch den Gesamtwert des Unternehmens begrenzt ist. Genau das hat die vorgenannte Ermittlung ergeben.

$$\text{Also: } G = \frac{S + W}{2} \quad Gw = G - S$$

3.) Das "Berliner Verfahren"

Nach dem sogenannten Berliner Verfahren wird der Geschäftswert eines Unternehmens auf die gleiche Weise ermittelt wie es oben getan wurde. Das Berliner Verfahren ist jedoch nur ein steuerliches Bewertungsverfahren für noch nicht notierte Aktien, ähnliche Anteile und Genußscheine. Aufgrund einer Rundverfügung des Oberfinanzpräsidiums Berlin vom 6.11.1936 hatte es in der steuerlichen Bewertungspraxis obiger Anteilsrechte lange Zeit Geltung. Da das Berliner Verfahren den Gesamtwert einer Unternehmung auf die gleiche Weise ermittelt ($G = \frac{E + S}{2}$), wie oben durchgeführt, wird das hier angewandte Verfahren häufig auch Berliner Verfahren genannt. Das, obwohl dieses älter als das Berliner Verfahren ist und obwohl nicht das Berliner Verfahren für obige Berechnungsweise, sondern die hier vertretene Berechnungsweise für das Berliner Verfahren richtungsweisend war. Es ist m.E. deshalb nicht gerechtfertigt, das hier gewählte Ermittlungsverfahren "Berliner Verfahren" zu nennen, wie es manchmal in der Literatur geschieht.

Im übrigen ist nochmals darauf hinzuweisen, daß das Berliner Verfahren nur für die steuerliche Bewertung von oben genannten Rechten an Kapitalgesellschaften geschaffen wurde. Auf Personalgesellschaften, wovon hier gehandelt wird, findet es keine Anwendung 65).

4.) Das "Stuttgarter Verfahren"

Das sogenannte Stuttgarter Verfahren beruht - ähnlich dem Berliner Verfahren - auf einer Verwaltungsanordnung zur Bewertung nicht notierter Aktien und Anteile an Kapitalgesellschaften 66). Das Stuttgarter Verfahren will das Berliner Verfahren - das mit einem zu geringen Kapitalisierungs-

65) vgl. Schmalenbach Anm.1 auf S.81

66) BStBl 58 I S.25 ff.

zinsfuß von 5,5 % gerechnet hat - ablösen und neue Richtlinien für die steuerliche Bewertung der genannten Rechte an Kapitalgesellschaften geben.

Im Gegensatz zum Berliner Verfahren geht dieses Verfahren nicht von dem Gesamtmehrertrag eines Unternehmens aus, sondern nur von dem dreijährigen durchschnittlichen Mehrertrag. Es wird hierbei eine Normalverzinsung von 8 % unterstellt und nicht mit Zinseszinsen, sondern nur mit einfachen Zinsen gerechnet. Der dreijährige Mehrertrag wird dann aber nicht, wie beim Berliner Verfahren, mit 50 % sondern in voller Höhe angesetzt.

Zu bemerken ist auch hier wieder, daß diese Verwaltungsanordnung für die hier vorgenommenen Erörterungen keine wesentliche Bedeutung haben kann, da sie nur für Kapital- und nicht für Personalgesellschaften Anwendung finden soll. Es erscheint auch nicht angezeigt, dieses Verfahren auf Personalgesellschaften zu übertragen. Denn die Berücksichtigung nur eines dreijährigen durchschnittlichen Mehrertrages, der dann allerdings in voller Höhe angesetzt wird, läßt die Möglichkeit größerer Ertragsschwankungen in ferneren Jahren außer Betracht. Solche zukünftigen - schon zuvor ersichtlichen - Schwankungen können dagegen bei dem hier befürworteten Verfahren der indirekten Methode durch Korrekturen berücksichtigt werden.

5.) Das Leistungsvergleichsverfahren

Ein weiteres von Schmalenbach ⁶⁷⁾ erörtertes Verfahren der Unternehmensbewertung unterscheidet sich von den oben genannten Verfahren dadurch, daß hier das Unternehmen nach Leistungseinheiten bewertet wird. Es geht davon aus, daß mehrere Unternehmen der gleichen Branche dann den gleichen Wert haben müssen, wenn ihre Leistungen gleich sind. Sind ihre Leistungen unterschiedlich, so ist ihr Wert im Verhältnis des Unterschiedes verschieden.

Nötige Voraussetzung für dieses Verfahren ist also

- 1., daß innerhalb einer Branche mehrere sehr ähnliche Unternehmungen vorhanden sind und
- 2., daß in dieser Branche nicht ganz selten Unternehmungen im ganzen veräußert werden ⁶⁸⁾.

67) aaO. S.69 ff.

68) vgl. auch Schmalenbach S.69

Besonders die zweite Voraussetzung wird selten erfüllt sein, weil Unternehmen im ganzen wenig veräußert werden. Schmalenbach ⁶⁹⁾ sieht aber selbst noch Mängel an diesem Verfahren, die es nicht praktikabel erscheinen lassen. Die zu vergleichenden Unternehmen müssen nämlich annähernd gleiche Verkaufspreise und gleiche Absatzkosten haben, was schon selten der Fall sein wird. Des weiteren müssen bei den zu vergleichenden Unternehmen die Entstehungskosten gleich sein und überdies darf eine verschiedene Lebensdauer nicht vorliegen.

Diese Erfordernisse zusammengenommen werden fast nie erfüllt werden können, so daß das von Schmalenbach vorgeschlagene Verfahren keine praktische Bedeutung haben kann.

6.) Stellungnahme zu den verschiedenen Verfahren der Geschäftswertberechnung

a) Stellungnahme der Rechtsprechung

Aus dem bisher Ausgeführten geht hervor, daß sich die Rechtsprechung zum Problem der Geschäftswertberechnung nur selten geäußert hat. Das RG schließt sich in der bereits zitierten Entscheidung vom 12.6.1936 ⁷⁰⁾ der Berechnungsweise nach der direkten Methode an. Offenbar in der Vorstellung, hiermit schon zu viel gesagt zu haben, weist es aber ausdrücklich darauf hin, daß damit keine bindenden Richtlinien aufgestellt werden sollten.

Am 6.1.1941 entschied jedoch das RG ⁷¹⁾, daß der Gesamtwert eines Unternehmens zu bilden sei, indem der Sachwert und der Ertragswert addiert und die Summe halbiert werde. Das RG stützte sich dabei auf die Ausführungen von Schmalenbach, denen es keine eigenen Gedanken hinzufügte. In diesem zweiten Urteil wendet das RG - ohne Aufgabe des entgegengesetzten Standpunktes in der Entscheidung vom 12.6.36 - die indirekte Methode, allerdings ohne besondere Begründung, an. Der BGH hat, wie erläutert, zu den verschiedenen Methoden noch nicht ausdrücklich Stellung bezogen. Er hat aber mit seiner Entscheidung vom 21.4.1955 ⁷²⁾ unverkennbar zum Ausdruck gebracht, daß auch er sich der indirekten Methode der Berechnung des Geschäftswertes anschließt.

69) aaO.S.70 f.; Schmalenbach hält dieses Verfahren in besonderen Fällen für anwendbar.

70) RG JW 36, 3118

71) RG ZAKDR 1942, 74 (76)

72) BGHZ 17, 130 (136)

b) Stellungnahme der Literatur

Aus den Erörterungen über die verschiedenen Methoden war bereits zu ersehen, daß die Literatur in diesem Punkt nicht einheitlich ist. Überall werden die Schwierigkeiten erkannt, die bei der Schätzung des Unternehmenswertes vorhanden sind. Fast keiner der Autoren nimmt für sich in Anspruch, die allein richtige und allein sichere Ermittlungsgrundlage gefunden zu haben. Vielmehr wird meistens darauf hingewiesen, daß es sich um eine Schätzung handle und daß Schätzungen eben nie völlig eindeutige Ergebnisse bringen könnten. Die direkte Methode der Ermittlung des Geschäftswertes wird heute wohl nicht mehr vertreten; ihre hauptsächliche Vertreter sind in der älteren, zum Teil zitierten Literatur zu finden.

Die indirekte Methode, nach welcher zunächst der Gesamtwert des Unternehmens zu ermitteln ist und der Geschäftswert sich dadurch ergibt, daß hiervon der Substanzwert abzuziehen ist, wird in sehr vielen Erscheinungsformen vertreten.

Es lassen sich jedoch zwei Hauptgruppen finden:

1. die Gruppe, nach welcher der Gesamtwert einer Unternehmung sich allein aus dem Zukunftsertragswert ergibt. Einige Vertreter dieser Methode sind Kolbe (S.76), Lackmann (S.69), **Mellerowicz (S.19), Münstermann (Sp.1062 ff.), Schwarze (S.18).**

2. die Gruppe, nach welcher der Gesamtwert einer Unternehmung zwischen ihrem Substanz- und Ertragswert liegt, wobei meist die Mitte zwischen den beiden letzteren Werten für richtig befunden wird. Einige Vertreter dieser Methode sind: Auler (S.731 f.), Gieseke (S.73), Husemann (S.137 + 329), Koehler (S.54), M.R. Lehmann (S.73 + 478), Möhle (S.157), Rechtmann (S.119 ff.), Schmalenbach (S.66 ff.), Schmitt (S.120) und Tittel (S.75 f.).

Wie sich aus der Erörterung der verschiedenen Methoden und ihrer Einzelwerte ergab, ist man sich jedoch auch innerhalb der beiden Gruppen in verschiedenen Einzelfragen der Gewinnermittlung nicht einig.

c) Eigene Stellungnahme

Aus den vorangegangenen Untersuchungen ist bereits die Stellungnahme des Verfassers zu ersehen. Einiges sei dem hinzugefügt:

Selbstverständlich ist, daß die Unternehmungsbewertung, wie sie hier für richtig gehalten wurde, nur auf einem Schätzwert beruht, der möglicherweise zu hoch oder zu niedrig ausfallen könnte. Um aber beiden Partnern die an der Unternehmungsbewertung interessiert sind, normalerweise Käufer und Verkäufer, hier ausscheidender Gesellschafter und verbleibende Gesellschafter, gerecht werden zu können, wurden bei Ermittlung des Gesamtwertes Korrekturmöglichkeiten nach oben und unten offengelassen. Sowohl der Zukunftsertragswert, als auch der Substanzwert und schließlich das aus beiden gebildete Mittel sind, wie dargelegt, nach oben oder unten korrigierbar und können somit den gegebenen Verhältnissen angepaßt werden. Im übrigen ist es wesentlich, den Substanzwert zum Ertragswert ins Verhältnis zu setzen, damit überhaupt die Rentabilität des Unternehmens festgestellt werden kann. Bei der direkten Methode treten außer dem Durchschnittsertrag und Kapitalisierungszinsfuß, welche neben dem nicht ganz so schwierig zu ermittelnden Reproduktionskostenwert auch bei der indirekten Methode zu berücksichtigen sind, noch weitere Faktoren (Kapital- und Arbeitsrente) auf, wodurch die an sich schon schwierige Berechnung des Geschäftswertes noch weitere Unsicherheitsmomente erhält. Aus diesem Grunde wurde die direkte Methode abgelehnt. Die Form der indirekten Methode, die nur aus dem Ertragswert den Gesamtwert gebildet wissen will, war nach der hier vertretenen Auffassung deshalb abzulehnen, weil sie zu wenig die Praxis berücksichtigt. Sie läßt außer acht, daß ein Käufer eines Unternehmens nicht den vollen Ertrag bezahlen will, den er später erst erwirbt. Er würde in diesem Fall an dem Kauf ja nichts verdienen. Sie läßt ferner unberück-

sichtigt, daß der Käufer vor dem Kauf sich überlegt, was er hätte aufwenden müssen, um ein gleichrentables Unternehmen zu errichten. Der Käufer setzt also den Substanzwert zum Ertragswert in Beziehung. Er würde von einem Kauf Abstand nehmen, wenn er erkennen müßte, daß er den gleichen Ertrag erzielen könnte, indem er mit geringeren Kosten sich selbst ein gleich gutes Unternehmen aufbaut.

7.) Der negative Geschäftswert

Bisher war immer nur vom Geschäftswert die Rede. Es wurde nicht unterschieden zwischen positivem und negativem Geschäftswert. Auf diese Differenzierung wurde deshalb verzichtet, weil der Geschäftswert eines Unternehmens im Normalfall positiv ist und dieser Normalfall zunächst behandelt werden sollte.

Die Elemente des Geschäftswertes wurden unter C II aufgezählt. Es war dort von gutem Ruf, günstigem Standort, gutem Betriebsklima u.a. die Rede. Diese Momente können nun in manchen Unternehmen negativ sein. D.h. ein Unternehmen kann einen schlechten Ruf, einen ungünstigen Standort und ein schlechtes Betriebsklima haben. Überwiegen diese negativen Momente, oder liegen nur negative vor, so ist der Geschäftswert negativ. Das wiederum wirkt sich zwingend auf den Ertrag aus, d.h. der Ertragswert wird in solchen Fällen gering sein. Möglicherweise wird er sogar unter dem Liquidationswert eines Unternehmens liegen.

Es fragt sich, wie sich in solchen Fällen der Gesamtwert einer Unternehmung errechnet und wie groß der Geschäftswert ist. Schmälenbach ⁷³⁾ vertritt die Ansicht, daß der Zukunftsertragswert dann allein den Gesamtwert darstellt, wenn er unter dem Substanzwert liegt.

Nach Schwarze ⁷⁴⁾ ist der Liquidationswert, das ist in der Regel die Summe der Verkaufswerte bei einer Einzelveräußerung der Gegenstände, dann gleich dem Gesamtwert des Unternehmens, wenn der Ertragswert unter ihm liegt ⁷⁵⁾.

73) aaO. S. 66

74) aaO. S. 18

75) vgl. M.R.Lehmann S. 73

Früher vertrat Mellerowicz ⁷⁶⁾ dagegen für den Fall, daß der Ertragswert kleiner als der Substanzwert sei, die Auffassung, daß dann der Substanzwert die für den Gesamtwert alleinmaßgebende Größe sei.

Es ist also hier von mehreren Werten die Rede, die in verschiedenem Verhältnis zueinander stehen können.

1. Der Normalfall: Der Ertragswert ist größer als der Substanzwert, letzterer ist größer als der Liquidationswert. Es wurde für diesen Normalfall festgestellt, daß der Gesamtwert zwischen dem Ertragswert und Substanzwert liegt und der Geschäftswert dadurch gefunden wird, daß man vom Gesamtwert den Substanzwert in Abzug bringt.

2. Der Ertragswert ist niedriger als der Substanzwert, jedoch größer als der Liquidationswert.

Für diesen Fall soll also nach früher von Mellerowicz vertratener Auffassung der Substanzwert der maßgebende Wert sein. Dem kann nicht zugestimmt werden. M.E. bildet hier der Ertragswert den Gesamtwert. Der unter dem Substanzwert liegende Ertragswert veranschaulicht, daß der Geschäftswert negativ ist. Würde die These von Mellerowicz stimmen, so hieße das, daß in dem Gesamtwert der Unternehmung nicht dieser negative Geschäftswert in Erscheinung tritt. Die weitere Folge wäre, daß der ausscheidende Gesellschafter nicht am negativen Geschäftswert teilnimmt. Diese Lösung wäre ungerecht; denn, wenn der Ausscheidende im Falle, daß der Geschäftswert positiv ist, an diesem beteiligt wird, dann ist es nicht einzusehen, weshalb er nicht auch am negativen Geschäftswert partizipieren soll.

Im übrigen wäre eine solche Regelung auch gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern ungerecht ⁷⁷⁾. Diese hätten nämlich allein die Last des negativen Geschäftswertes zu tragen und wären mithin insoweit geschädigt, als vor dem Ausscheiden der Ausscheidende diese Last mittrug, nach dem Ausscheiden jedoch von ihr befreit ist.

76) Mellerowicz, Grundlagen betriebswirtschaftlicher Wertungslehre, Berlin 1926, S.154, Zitat nach Tittel S.92

77) vgl. auch Tittel S.92

Ein Gesellschafter könnte sich also durch einfaches Ausscheiden aus der Gesellschaft von den Lasten befreien, die er bislang mittragen mußte.

3. Der Ertragswert ist nicht nur niedriger als der Substanzwert, sondern liegt sogar unter dem Liquidationswert. In diesem Fall ist der Liquidationswert der einzige gesamtwertbildende Faktor. Es wurde zwar in den Fällen 1 und 2 davon ausgegangen, daß der Ertragswert, wenn nicht ein wesentliches, so doch ein mitbestimmendes Moment für die Gesamtwertbildung war; denn - das war der Ausgangspunkt - der Wert einer Unternehmung richtet sich wesentlich nach ihrem zukünftigen Nutzen. Dort, wo jedoch dieser Nutzen weniger Wert ist als die einzelnen Gegenstände des Unternehmens, hat der ausscheidende Gesellschafter das Recht, wenigstens an dem beteiligt zu werden, was für das Unternehmen auf jeden Fall als Gegenwert zu bekommen wäre, nämlich am Liquidationswert. Würden die verbleibenden Gesellschafter später die Gesellschaft auflösen, so erhielten sie ja auch nicht nur den geringen Ertragswert vergütet, sondern sie bekämen mindestens einen Wert ersetzt, der dem Liquidationswert entspricht.

Genau wie im Fall 2 der Ausscheidende durch sein Ausscheiden nicht besser gestellt werden soll als die verbleibenden Gesellschafter, sollen umgekehrt in diesem Fall die verbleibenden Gesellschafter durch das Ausscheiden eines Teilhabers keine materiellen Vorteile haben.

Als Ergebnis ist insoweit festzuhalten:

1. Der Geschäftswert ist im Normalfall die Differenz zwischen dem Gesamtwert und Substanzwert eines Unternehmens.
2. Liegt der Ertragswert unter dem Substanzwert, so ist der Geschäftswert negativ. Seine Höhe ist gleich der Differenz: **Substanzwert minus Gesamtwert (= Ertragswert)**.
3. Liegt der Ertragswert unter dem Liquidationswert, so ist der Geschäftswert ebenfalls negativ. Der Geschäftswert stellt sich dann als die Differenz aus Substanzwert minus Gesamtwert (= Liquidationswert) dar.
4. Derjenige Gesellschafter, der am positiven Geschäftswert teilnimmt - welche Gesellschafterarten hierfür in Frage kommen, wird anschließend erörtert -, muß auch am negativen Geschäftswert beteiligt werden.

D) Der Anteil am Geschäftswert innerhalb des Auseinandersetzungsguthabens

I. Der Anspruch auf Beteiligung am Geschäftswert

Es wurde festgestellt, daß das Auseinandersetzungsguthaben - jedenfalls bei einer oHG - vom Gesamtwert des Unternehmens errechnet wird. Ferner wurde ermittelt, daß im Gesamtwert einer Unternehmung ein Posten "Geschäftswert" enthalten sein kann, ja sogar in der Regel enthalten ist. Daraus ergibt sich, daß in dem Auseinandersetzungsguthaben eines Gesellschafters einer oHG der Geschäftswert mitenthalten ist, d.h. der ausscheidende Gesellschafter, der einen Anteil vom Gesamtwert erhält, bekommt innerhalb dieses Anteils seinen Geschäftswert.

Aus welchen rechtlichen Gründen dem Gesellschafter einer oHG ein Anteil am Geschäftswert zusteht, wurde noch nicht erörtert. Auch ist noch nicht besprochen, ob und gegebenenfalls weshalb ein Kommanditist und ein stiller Gesellschafter am Geschäftswert teilnehmen dürfen.

1.) Der Anspruch auf den Geschäftswert im allgemeinen

Die Ansichten, ob und warum Gesellschafter einer oHG, Kommanditisten und stille Gesellschafter am Geschäftswert teilnehmen dürfen, sind geteilt.

Nach der einen Auffassung erhält nur der Gesellschafter - gleich welcher Art - einen Anteil am Geschäftswert, der diesen Geschäftswert mitgeschaffen hat ¹⁾. Dabei ist es gleichgültig, ob der Geschäftswert durch Kapitalbeteiligung oder durch Mitarbeit geschaffen wurde ²⁾.

Die zweite Auffassung geht dahin, daß jeder Gesellschafter am vollen Geschäftswert teilnimmt ³⁾. Die Beteiligung am Geschäftswert ist dort also unabhängig davon, ob der Gesellschafter zu dessen Entstehung beigetragen hat oder nicht. Allein entscheidend ist die Tatsache, daß der Ausscheidende Gesellschafter war.

1) vergl. Müller-Erzbach aaO. S.741

2) s.a. Michels (S.90 f.) und Beste (S.109) für den Fall der KG und st.G.

3) vgl. RGZ 94,106 ff.; KG OLGE 43, 319 f. Zwar sind die beiden Entscheidungen nur auf den Fall einer stillen Gesellschaft abgestellt, doch muß angenommen werden, daß das RG sowie das KG, wenn sie schon den Stillen am Geschäftswert beteiligen wollten, erst recht dem Kommanditisten eine Beteiligung zugesprochen hätten.

Die dritte Ansicht macht die Beteiligung am Geschäftswert davon abhängig, ob der ausscheidende Gesellschafter gesamt-händerischer Miteigentümer am Unternehmensvermögen war oder nicht ⁴⁾. Nach dieser Auffassung ist nur der Miteigentümer am Schicksal des Gesellschaftsvermögens beteiligt. Deshalb soll er auch am Geschäftswert teilnehmen. Der nicht am Vermögen Beteiligte soll dagegen keinen Anteil vom Geschäftswert erhalten. Das heißt, Gesellschafter einer oHG und Kommanditisten sollen nach dieser Meinung einen Anteil am Geschäftswert erhalten, stille Gesellschafter jedoch nicht.

Eine vierte Ansicht schließt sich, was die Beteiligung der Gesellschafter einer oHG und Kommanditisten betrifft, der dritten an. läßt aber zusätzlich den Stillen in den Fällen am Geschäftswert teilnehmen, in denen dieser durch die Kapitaleistung des Stillen entstanden ist ⁵⁾. Auf weitere kleinere Differenzierungen zwischen den vorge-tragenen Ansichten wird noch eingegangen.

Es soll versucht werden, grundsätzliche Gesichtspunkte zur Klärung des aufgeworfenen Fragenkomplexes zu finden. Dann können die geäußerten Auffassungen eingehend behandelt werden.

Nach Tittel ⁶⁾ hängt die Beurteilung des Anspruchs eines ausscheidenden Gesellschafters auf Beteiligung am Geschäftswert "weniger von der rechtlichen Art eines Gesellschafters als von der Art des Teilhabers im betriebswirtschaftlichen Sinne ab". Daß die "Art eines Gesellschafters im betriebswirtschaftlichen Sinn" jedoch von der rechtlichen Ausgestaltung, d.h. von den rechtlichen Möglichkeiten, die der Gesetzgeber gibt, abhängt, übersieht Tittel bei seiner Formulierung.

Tittel will die Gesellschafter in zwei Gruppen einteilen:

- a) Teilhaber als Mitunternehmer
- b) Teilhaber als Darlehensgeber.

4) vergl. Tittel S.167 ff.; Weipert Anm. 34 zu § 177; Heymann-Kötter Anm.2 zu § 340.

5) Schlegelberger-Geßler Anm.6 zu § 337; von Gierke S.245; Würdinger S.174; Schumann S.298

6) aaO. S.167

Er führt aus ⁷⁾, daß der Teilhaber als Mitunternehmer am Schicksal der Unternehmung und des Unternehmungsvermögens sowie an den Schwankungen des Unternehmungserfolges beteiligt sei. Der Teilhaber als Darlehensgeber nehme dagegen wohl am Unternehmungsvermögen, nicht aber an dessen Schicksal teil.

Soweit ist Tittel durchaus Recht zu geben. An späterer Stelle ⁸⁾ äußert er dann aber bei der Einordnung des stillen Gesellschafters in dieses Schema, daß der Gesetzgeber in dem stillen Gesellschafter den Teilhaber als Darlehensgeber sehe. Er kommt damit zu dem Ergebnis, der stille Gesellschafter dürfe am Geschäftswert nicht teilnehmen. Den offenen Gesellschafter und Kommanditisten läßt er dagegen als "Mitunternehmer" am Geschäftswert teilhaben. Die Auffassung, daß der stille Gesellschafter dem Teilhaber in der Darlehensform entspreche, ist m.E. nicht richtig. Wohl, das sei anerkannt, nähert sich die stille Gesellschaft in vielen Punkten dem Fall, in welchem ein Privatmann einem Unternehmer Geld leiht. Grundsätzlich unterscheiden sich beide Situationen jedoch sehr. Der Darlehensgeber nimmt nicht am Verlust teil, was beim stillen Gesellschafter, wie aus § 336 HGB entnommen werden kann, die Regel ist. Der Darlehensgeber hat auch regelmäßig - wenn es sich nicht ausnahmsweise um ein partiarisches Darlehen handelt - einen Anspruch auf feste Verzinsung. Der Stille dagegen bekommt erfolgsanteilige Verzinsung. Vor allem unterscheidet sich der stille Gesellschafter vom Darlehensgeber aber in der Weise, daß ersterer gewisse Kontrollrechte (§ 339 HGB) hat, die einem Darlehensgeber nicht zustehen.

Die von Tittel durchgeführte Unterscheidung kann also nicht weiterhelfen, weil sie keine Untergliederung von Gesellschaftsteilhabern, sondern eine Abgrenzung von letzteren zu außerhalb der Gesellschaft stehenden Personen enthält. Ein stiller Gesellschafter steht aber nicht außerhalb der Gesellschaft, sondern ist Gesellschafter, der an dem Handelsgewerbe eines anderen (des Geschäftsinhabers) beteiligt ist.

7) Tittel S.168

8) Tittel S.177

Beste 9) unterscheidet - ähnlich wie Tittel- zwischen der **Gesellschafterbeteiligung in der Darlehensform und der Beteiligungsforn.** Nach seiner Ansicht 10) **nehmen aber generell sowohl ein Kommanditist als auch ein stiller Gesellschafter am Geschäftswert nicht teil.** Er begründet das damit, diese Teilhaber könnten infolge der Tatsache, daß sie nicht an der Geschäftsführung teilnehmen, auch nicht an der Entstehung des Geschäftswertes beteiligt sein. Auch diese Auffassung erscheint unrichtig.

Die Frage, ob ein Gesellschafter am Geschäftswert teilnimmt, ist grundsätzlich nur zu klären, wenn man zwei Gesellschafterarten unterscheidet:

Die eine Gesellschaftergruppe ist die, die am Gesellschaftsvermögen gesamthänderisch beteiligt ist und gegenüber Dritten unmittelbar haftet; die andere ist die, die eine Vermögensbeteiligung nicht kennt und bei der die **Gesellschafter Dritten gegenüber nicht haften.**

Primär entscheidend ist also die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und das Verbundensein mit dem Schicksal dieses Vermögens. Wer am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist, nimmt am Gesamtwert des Unternehmens teil. Beim Ausscheiden hat er einen Anspruch auf seinen Anteil am Gesamtwert und bekommt damit zugleich einen Anteil am Geschäftswert. Wer dagegen nicht am Geschäftsvermögen beteiligt ist, hat auch keinen Anteil am Gesamtwert des Unternehmens, also auch nicht am Geschäftswert. Folglich hat er bei seinem Ausscheiden keinen Anspruch auf Erstattung eines Anteils am Geschäftswert.

Sekundär entscheidend ist die unmittelbare Haftung mit dem Privatvermögen gegenüber Gesellschaftsgläubigern.

Wer sein Vermögen, insbesondere sein Privatvermögen, Dritten gegenüber aufs Spiel setzt, um damit Schulden der Gesellschaft zu decken, soll für das darin enthaltene Risiko entschädigt werden. Die Entschädigung erfolgt in der Weise, daß ihm die Wertsteigerung des Gesamtvermögens nach dem Verhältnis der Anteile der einzelnen Gesellschafter zufließt.

9) aaO. S.106

10) aaO. S.109

Unter diesen Gesichtspunkten sollen die Ansprüche der Gesellschafter einer oHG, Kommanditisten und stillen Gesellschafter auf einen Anteil am Geschäftswert geprüft werden.

2.) Der Anspruch der einzelnen Gesellschafter

a) Der Anspruch des Gesellschafters einer oHG

Primär ist bei der Entscheidung der Frage, ob der Geschäftswert im Auseinandersetzungsguthaben eines Gesellschafters zu berücksichtigen ist, davon auszugehen, ob der entsprechende Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen beteiligt war.

Nach §§ 105 Abs. 2 HGB, 718 BGB werden die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für **das** Geschäft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter einer oHG. Es ist dabei gleichgültig, wie hoch die Arbeits- und Kapitalbeteiligung des einzelnen Gesellschafters ist. Die Höhe dieser beiden Faktoren wird sich allerdings nach dem Gesellschaftsvertrag an der Gewinnbeteiligung auswirken.

Da der Gesellschafter einer oHG also am Gesamtwert des **Unternehmens beteiligt ist, erhält er bei seinem Ausscheiden** einen Anteil von diesem Wert und also auch einen Anteil am Geschäftswert.

aa) Der geschäftsführende Gesellschafter einer oHG

Die zuletzt vorgetragene Ansicht erscheint heute selbstverständlich und ist in der Literatur nicht bestritten, jedenfalls soweit der betreffende ausscheidende Gesellschafter vor seinem Ausscheiden an der Geschäftsführung beteiligt war.

bb) Der nicht geschäftsführende Gesellschafter einer oHG

Man könnte annehmen, daß das RG ¹¹⁾ für den Fall anderer Ansicht war, daß der Gesellschafter einer oHG keine Geschäftsführungsbefugnis hatte oder von ihr keinen Gebrauch machte. Das RG argumentiert nämlich so, daß es unbillig wäre, einen Gesellschafter von der Beteiligung am Geschäftswert auszuschließen, wenn dieser Geschäftswert "mit durch

11) RGZ 106, 128 (132)

seine Tätigkeit" hervorgebracht wäre.

Hueck ¹²⁾ ist - in ausdrücklicher Anlehnung an das RG - der Auffassung, daß der Ausscheidende am Mehrwert zu beteiligen sei, "da er mit durch seine Arbeit entstanden" sei.

Aus beiden Äußerungen müßte geschlossen werden, daß der offene Handelsgesellschafter in den Fällen nicht am Geschäftswert beteiligt werden sollte, in denen er Geschäftsführungsbefugnisse ausnahmsweise nicht hat oder keinen Gebrauch davon macht. Es kann davon ausgegangen werden, daß das RG wie auch Hueck sich mit ihren Formulierungen nur mißverständlich ausgedrückt haben. Offenbar haben beide an den Fall eines nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafters einer oHG nicht gedacht und die Argumentation mit dem "durch Tätigkeit" bzw. "durch Arbeit" erzeugten Geschäftswert nur als Billigkeitsbegründung der eigentlichen Begründung für die Beteiligung am Geschäftswert hinzugefügt. Man kann nämlich aus der weiteren Begründung des RG ¹³⁾ den eigentlichen Grund für die Beteiligung des Gesellschafters einer oHG am Geschäftswert herauslesen. Dieser Grund ist - in Übereinstimmung mit dem BGH ¹⁴⁾ - darin zu sehen, daß der Ausscheidende bis zu seinem Ausscheiden am tatsächlichen Wert des Unternehmens beteiligt war und daß sein Anteil am Gesellschaftsvermögen kraft § 738 BGB den verbleibenden Gesellschaftern zuwächst. Da die Verbleibenden durch das Ausscheiden aber keinen Vorteil haben sollen und der Ausscheidende durch den gleichen Umstand nicht benachteiligt werden soll, muß der Ausscheidende in Höhe des den Verbleibenden zugewachsenen Vermögensanteils - worin ein Anteil am Geschäftswert enthalten ist - abgefunden werden. Der BGH ¹⁵⁾ weist in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich darauf hin, daß es nicht auf die tätige Mitarbeit des Gesellschafters ankomme.

M.E. sehen also auch das RG und Hueck die Berechtigung für die Geschäftswertbeteiligung des offenen Handelsgesellschafters richtigerweise grundsätzlich in der Tatsache, daß der Gesellschafter einer oHG am Gesamtvermögen beteiligt ist.

12) aaO. oHG S.293

13) wie Anm. 11

14) BGHZ 17, 130 (136)

15) wie Anm. 14

Die weitergehende Begründung mit "durch Tätigkeit" und "durch Arbeit" erlangtem Geschäftswert sollte nur die Hauptbegründung stützen. Sie wäre jedoch besser nicht gebracht worden, weil sie zu Mißverständnissen Anlaß geben könnte.

Was beim RG und bei Hueck mißverständlich erscheint, ist bei Müller-Erbach ¹⁶⁾ undzweideutig ausgeführt. Nur der Gesellschafter einer Personalgesellschaft soll am Geschäftswert beteiligt werden, der ihn durch seine Betätigung mitgeschaffen hat; denn, so führt Müller-Erbach aus, das Gesetz gebe immer nur dem Schöpfer einer Sache eine besondere Berechtigung daran. Wer an der Entstehung oder Werterhöhung einer Sache mitgewirkt habe, müsse dadurch auch Vorteile haben. Habe er an der Entstehung nicht mitgewirkt, so habe er auch kein Recht, an den Vorteilen teilzuhaben.

Müller-Erbach verkennt das Wesen der Gesellschaft. Zu einer Gesellschaft schließen sich zwei oder mehr Personen zusammen, um einen gemeinsamen Zweck zu erreichen. Jeder Gesellschafter bringt etwas in die Gesellschaft ein, und aus diesem Etwas wächst das gemeinsame Gesellschaftsvermögen. Dann erfolgt die auf Grund des Zusammengehens mehrerer Personen nötige Arbeitsteilung. Der eine Gesellschafter ist in der inneren Verwaltung des Unternehmens beschäftigt, der andere besucht die Kunden oder stellt die Erzeugnisse des Unternehmens her. Müller-Erbach müßte konsequent behaupten, daß der verwaltende Gesellschafter an den Vorteilen, die durch die von dem anderen Gesellschafter geschlossenen Verträge oder hergestellten Sachen der Gesellschaft erwachsen, nicht teilnimmt. Daß das aber eine Verkenntung **des Gesellschaftsgedankens ist, erscheint offensichtlich.**

Die oben erwähnte Arbeitsteilung darf sich also nicht dahin auswirken, daß jeder Gesellschafter nur die Vorteile genießt, die er durch Arbeit in seiner Arbeitssphäre erzielte. Vielmehr **sind** alle Erfolge gemeinsame Erfolge der Gesellschafter, das heißt Erfolge der Gesellschaft ¹⁷⁾.

Was ins gemeinsame Vermögen fließt (§ 718 BGB), gehört den Gesellschaftern zusammen. Deshalb sind sie auch bei der Auseinandersetzung daran zu beteiligen.

16) aaO. S.740 f.

17) Man muß sich eine Gesellschaft in dieser Beziehung wie einen großen Topf vorstellen, in den alle Gesellschafter etwas von verschiedener Größe und Qualität hineinwerfen. Bei Ausscheiden eines Gesellschafters wird dann der Anteil des Ausscheidenden am Inhalt des Topfes - nicht das, was er in den Topf geworfen hat - bemessen und ihm hierfür eine Vergütung ausbezahlt.

Das KG ¹⁸⁾ führt zum Grundgedanken des Gesellschaftsrechts aus, daß das Ergebnis der gemeinsamen Unternehmung den einzelnen Teilhabern sowohl hinsichtlich des Ertrages der einzelnen Geschäftsjahre, als auch der Werterhöhung sämtlicher Vermögensstücke nach Verhältnis ihrer Anteile gleichmäßig zufließen solle. Das KG stellt also richtigerweise auch nicht auf die Leistung der einzelnen Gesellschafter, sondern auf das Gesamtergebnis der gemeinsamen Unternehmung ab.

Der Gedankengang Müller-Erzbachs geht mithin fehl. Es kommt bei der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und also am Geschäftswert nicht darauf an, wer diesen Wert geschaffen hat, sondern wer an ihm vor dem Ausscheiden beteiligt war.

Dieses Ergebnis erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil die Gesellschafter einer oHG alle in gleicher Weise ihr gesamtes Privatvermögen aufs Spiel setzen, d.h. sie haften alle voll. Man wird deshalb noch als weitere Begründung, die mehr auf einer Billigkeitserwägung beruht, für die Teilnahme aller Gesellschafter einer oHG am Geschäftswert anführen können, daß auf allen das gleiche Risiko lastet und daß deshalb auch alle die gleichen Vorteile haben sollen.

Tittel ¹⁹⁾ scheint insoweit anderer Ansicht zu sein. Er will ja nur die "Mitunternehmer" am Geschäftswert beteiligen. Er führt aus, daß alle Gesellschafter einer oHG Mitunternehmer seien, selbst dann, wenn sie keine Kapitaleistung erbrächten, weil sie alle das Risiko der vollen Haftung übernommen hätten. Anders sei das allerdings, wenn eine Haftungsgrundlage, d.h. Privatvermögen nicht vorhanden sei.

Das Argument der vollen Haftung wird nicht dadurch entkräftet, daß der Gesellschafter augenblicklich vermögenslos ist. Es kommt vielmehr nur darauf an, daß er das gesamte, auch zukünftige Privatvermögen für die Gesellschaft einzusetzen bereit ist. Hierzu erklärt er sich in dem Augenblick bereit, in dem er einer oHG beitrifft.

Tittels Gedankengang konsequent weitergedacht, liefe doch auf folgendes seltsame Ergebnis hinaus:

Ein Gesellschafter einer oHG scheidet aus der Gesellschaft aus. Er hatte bei seinem Eintritt in die Gesellschaft keine Kapital-

18) KG OLGE 43, 319 (320)

19) aaO. S.173

leistung zu erbringen brauchen und hat jetzt bei seinem Ausscheiden auch kein Privatvermögen. Er trug kein Risiko, da die Haftungsgrundlage fehlte. Also war er kein "Mitunternehmer" und auch nicht am Geschäftswert zu beteiligen. Wenn der gleiche Gesellschafter einen Tag später ausgeschieden wäre, hätte er einen großen Losgewinn in der Tasche haben können. Nun wäre die Haftungsgrundlage vorhanden, der Gesellschafter wäre als Mitunternehmer anzusehen und nehme am Geschäftswert teil. Es wäre nach dieser Ansicht also für die Beteiligung am Geschäftswert der Tag des Ausscheidens maßgebend. Das kann nicht rechtens sein. Es darf nicht auf die Haftungsgrundlage, sondern nur auf die Haftungsbereitschaft abgestellt werden.

Mithin kann als weitere Begründung für die Beteiligung sämtlicher - d.h. geschäftsführender wie nicht geschäftsführender und kapitaleinlegender wie nicht kapitaleinlegender - Gesellschafter von offenen Handelsgesellschaften am Geschäftswert festgestellt werden: Derjenige, der sein gesamtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen riskiert, soll die gleichen Vorteile haben wie alle seine Mitgesellschafter, die das gleiche Risiko tragen.

Damit ist auch gleichzeitig die Frage behandelt, ob für die Beteiligung am Geschäftswert die Kapitaleistung - in Form von Bar- oder Sacheinlagen - eine Rolle spielt. Das ist nicht der Fall; denn auch hier kann wieder gesagt werden, daß es nicht auf die Leistung (hier Kapitaleistung) ankommt, sondern auf die Vermögensbeteiligung. Die unterschiedliche Höhe der Kapitaleistung wird sich dafür regelmäßig auf die Höhe des Auseinandersetzungs Guthabens auswirken, was jedoch im Gesellschaftsvertrag auch anders geregelt werden kann.

Es ist also festgestellt, daß die Gesellschafter einer OHG am Geschäftswert teilnehmen, wobei es gleichgültig ist, ob sie im einzelnen an der Schaffung des Geschäftswertes durch tätige Mitarbeit, durch Kapitaleistung oder überhaupt nicht beteiligt waren. Ausschlaggebend war allein, daß sie am Gesellschaftsvermögen teilhatten. Die Höhe der Beteiligung wird dagegen in der Regel von den obengenannten Faktoren (Mitarbeit und Kapitaleistung abhängig gemacht werden ²⁰⁾.

20) Zum selben Endergebnis kommt die wohl ganz herrschende Meinung.

Aus diesen Ausführungen geht auch hervor, daß die Frage, ob ein Gesellschafter bei seinem Ausscheiden am Geschäftswert zu beteiligen ist mit der Frage, wie dieser Geschäftswert zu errechnen ist, untrennbar verbunden ist.

Der Gesamtwert eines Unternehmens ist nämlich der Ausgangspunkt für die Beantwortung beider Fragen.

Wer zum Zeitpunkt seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft am Gesamtwert beteiligt war, soll bei seinem Ausscheiden auch **einen Anteil am Gesamtwert erhalten**. Da im Gesamtwert der Geschäftswert mitenthalten ist, soll er also auch am Geschäftswert teilnehmen. Der Geschäftswert kann aber nur errechnet werden, wenn zuvor der Gesamtwert des Unternehmens ermittelt worden ist. Seine Feststellung ist mithin nur "indirekt" möglich.

b) Der Anspruch des Komplementärs

Komplementär wird der persönlich haftende Gesellschafter einer KG genannt. Er hat dieselbe Rechtsstellung wie ein Gesellschafter einer oHG, insbesondere besitzt er also Geschäftsführungsbefugnis, Vertretungsmacht und haftet voll für die Geschäftsschulden auch mit seinem Privatvermögen. Aus dieser Stellung des Komplementärs ergibt sich, daß er beim Ausscheiden aus einer KG wie ein Gesellschafter einer oHG zu stellen ist. Da sich mithin keinerlei Unterschiede zum Gesellschafter einer oHG ergeben, kann insoweit auf die Ausführungen unter a) verwiesen werden.

c) Der Anspruch des Kommanditisten

Wie der Gesellschafter einer oHG und der Komplementär ist der Kommanditist am Gesellschaftsvermögen beteiligt. Das geht aus §§ 161 Abs.2, 105 Abs.2 HGB, 718 BGB hervor. Aus dem oben Ausgeführten würde sich damit ergeben, daß ein Kommanditist auch am Geschäftswert beteiligt ist.

aa) Der geschäftsführende Kommanditist

Grundsätzlich sind Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 164 HGB), sie haben aber weitgehende Kontrollrechte (§ 116 und § 164, 2. Halbsatz HGB). Es ist heute einhellige Meinung ²¹⁾, daß einem Kommanditisten entgegen der gesetzlichen Grundsatzregelung auch Geschäftsführungsbefugnisse, Prokura und Handlungsvollmacht erteilt werden kann. Seine Rechtsstellung entspricht dann mehr der eines Gesellschafters einer oHG als das beim nicht geschäftsführungsbefugten Kommanditisten der Fall ist. Die Beteiligung des z.B. mit Prokura ausgestatteten Kommanditisten am Geschäftswert kann aber nicht damit begründet werden, daß der geschäftsführende Kommanditist wie ein Gesellschafter einer oHG voll hafte und deshalb auch wie dieser zu behandeln sei. Die Prämisse ist unrichtig. Weipert ²²⁾ ²³⁾ stellt klar, daß der mit Prokura ausgestattete Kommanditist nicht voll haftet. Er erklärt, daß dadurch für Dritte auch kein Nachteil entstehe, weil aus dem Handelsregister klar ersichtlich sei, wer in der KG der Komplementär sei, mithin voll hafte, und wer als Kommanditist nur in bestimmter Höhe hafte.

Staab ²⁴⁾ glaubt in dieser Lösung eine Ungerechtigkeit sehen zu müssen. Er meint, Handlungsbefugnis und Haftung seien immer im Zusammenhang zu sehen. Der mit der Machtfülle eines Komplementärs ausgestattete Kommanditist müsse deshalb auch wie ein Komplementär, nämlich voll haften ²⁵⁾.

Diese Ansicht erscheint unrichtig. Kommanditisten haften nämlich immer nur beschränkt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wäre hier nur dann berechtigt, wenn die Prokuraerteilung

21) vergl. Weipert Anm.1 und Anm.14 zu § 164; Buchwald-Tiefenbacher S.17 und 37

22) aaO. Anm. 15 zu § 164

23) ebenso Niethammer S.726

24) aaO. S.436

25) vergl. auch Müller-Erzbach S.737

einer Umgehung des Gesetzes gleichkäme und damit eine Irreführung der Gesellschaftsgläubiger möglich wäre. Eine Irreführung der Gläubiger der KG ist aber, wie ausgeführt, nicht dadurch zu befürchten, daß der die Geschäfte führende Gesellschafter (Kommanditist) nicht voll haftet; denn die Haftungsverhältnisse der KG sind aus dem Handelsregister eindeutig ersichtlich. Da also ein mit Prokura versehener Kommanditist nicht voll haftet, kann auch nicht aus seiner Vollhaftung seine Beteiligung am Geschäftswert hergeleitet werden. Unabhängig von der Tatsache, daß der geschäftsführende Kommanditist im Unternehmen mitarbeitet, ist die Tatsache der Vermögensbeteiligung des Kommanditisten. Durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages allein wird der Kommanditist Mitglied in der Gesellschaft und Beteiligter am Gesellschaftsvermögen. Diese Vermögensbeteiligung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kommanditist - auch der geschäftsführende - nach außen nur in Höhe seiner Hafteinlage verpflichtet ist ²⁶⁾. Die geringere Höhe der Haftung gegenüber dem Komplementär schließt also nicht die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen aus, sondern wird sich nach dem Gesellschaftsvertrag nur insofern auswirken, als dem Kommanditisten ein kleinerer Anteil am Gesellschaftsvermögen zusteht. Das heißt, der Kommanditist ist am Gesellschaftsvermögen beteiligt; wie bei einem Gesellschafter einer OHG wirken sich auch bei ihm Vermögensschwankungen aus. Er nimmt am Schicksal der Unternehmung und des Unternehmungsvermögens ²⁷⁾ teil. Da die Teilnahme am Geschäftswert primär von dieser Voraussetzung abhängig gemacht wurde, ist dem geschäftsführenden Kommanditisten ein Anteil am Geschäftswert zuzusprechen.

26) Hier und in den weiteren Erörterungen über die unmittelbare Haftung des Kommanditisten ist § 171 Abs.1 S.2 HGB zu berücksichtigen.

27) vergl. Tittel S.175

Wieder kommt es also nicht auf die Förderung des Geschäftswertes durch tätige Mitarbeit, durch Kapitaleleistung oder durch einen sonstigen Umstand an. Die Beteiligung - und insoweit kann wieder die BGH-Entscheidung vom 21.4.55 herangezogen werden, die allerdings nur den Fall einer OHG behandelt ^{28) 29)} - ist allein eine Folge der Tatsache, daß der Kommanditist bis zu seinem Ausscheiden an dem tatsächlichen Wert des Unternehmens beteiligt war.

Es bleibt festzuhalten, daß der ausscheidende geschäftsführende Kommanditist deshalb am Geschäftswert beteiligt werden muß, weil er vor seinem Ausscheiden kraft gesetzlicher Regelung am Gesamtvermögen, mithin auch am Geschäftswert, teilhatte und weil er durch sein Ausscheiden gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern nicht schlechter gestellt werden soll. Jedes andere Ergebnis wäre unbillig, wenn man berücksichtigt, daß ein Gesellschafter einer OHG am Geschäftswert teilnimmt und daß der geschäftsführende Kommanditist in seiner Stellung innerhalb der Gesellschaft einem Gesellschafter einer OHG nahe kommt.

Auch die bei der OHG angeführte weitere Begründung soll hier wieder herangezogen werden. Wer (bis zur Höhe der Haftsumme) nach außen haftet und eventuell - wenn augenblicklich die Haftungsgrundlage beim Komplementär sehr gering ist - momentan mehr riskiert als der vollhaftende Gesellschafter, soll auch gleich diesem grundsätzlich am Gesellschaftsvermögen, also auch am Geschäftswert beteiligt werden.

bb) Der nicht geschäftsführende Kommanditist

Normalerweise besitzt ein Kommanditist keine Geschäftsführungsbefugnis. Dieser Normalfall soll jetzt erörtert werden.

28) BGHZ 17, 130 (136)

29) Nur eine höchstrichterliche Entscheidung befaßt sich noch mit der Beteiligung eines Kommanditisten am Geschäftswert, vergl. RG DR 41, 1301 ff. = ZAkDR 1942, 74 ff.

Für die Beteiligung am Geschäftswert wurde schon beim geschäftsführenden Kommanditisten nur auf die gesamthänderische Beteiligung am Unternehmensvermögen angestellt. Es wurde ausgeführt, daß die Tätigkeit innerhalb der Gesellschaft keinen Einfluß hat auf die Teilnahme am Geschäftswert beim Ausscheiden aus der Gesellschaft.

Da auch der nicht geschäftsführende Kommanditist am Unternehmensvermögen gesamthänderisch beteiligt ist, muß richtigerweise auch er beim Ausscheiden aus der Gesellschaft für seinen Anteil am Geschäftswert entschädigt werden.

Michels ³⁰⁾ und Müller-Erzbach ³¹⁾ sind anderer Ansicht.

Michels meint, der Kommanditist dürfe dann nicht am Geschäftswert teilnehmen, wenn dieser nur durch die persönliche Tätigkeit und betriebliche Erfahrung des Komplementärs geschaffen worden sei, der Kommanditist also nur durch seine Kapitalleistung an der Gesellschaft beteiligt sei.

Ähnlich sind die Ausführungen Müller-Erzbachs ³²⁾.

Beide stellen also für die Beteiligung am Geschäftswert darauf ab, wer an seiner Entstehung mitgewirkt hat. Sie verkennen - hierzu wurde schon bei der oHG Stellung genommen - das Wesen und den Zweck einer Gesellschaft. Der Gesellschafterzusammenschluß erfolgt doch, weil der eine der Gesellschafter beispielsweise kein Kapital aber besondere Kenntnisse, der andere dagegen keine besonderen Kenntnisse aber Kapital besitzt. Tun sie sich zusammen, so ist in der Gesellschaft beides vorhanden und kann durch geschickte Manipulationen vermehrt werden. Daß innerhalb der Gesellschaft eine Arbeitsteilung stattfindet, erscheint nicht nur möglich, sondern nötig. Das darf aber nicht dazu führen, daß jeder Gesellschafter nur das für sich beanspruchen kann, was er selbst erarbeitet hat.

30) aaO. S.90

31) aaO. S.741

32) Auch Staub-Pinner (14.Aufl.1932) Anm.12 zu § 177 und Koehler (S.47) vertreten diese Ansicht.

Michels ³³⁾ bringt auch den umgekehrten, ebenso unrichtig gelösten Fall. Er will dann, wenn der Geschäftswert einer KG ausschließlich auf eine Leistung (Kapital- oder Arbeitsleistung) des Kommanditisten zurückzuführen ist, den Komplementär von der Beteiligung am Geschäftswert ausschließen und nur den Kommanditisten an demselben teilnehmen lassen. Daß das ebenso falsch ist, wie die Lösung Michels im vorangegangenen Fall, geht aus den obigen Ausführungen hervor. Da der nicht geschäftsführende Kommanditist auch in gleicher Weise haftet wie der geschäftsführende Kommanditist, kann auch für ihn das sogenannte Haftungsrisiko als Begründung für die Teilnahme am Geschäftswert angeführt werden.

Als Ergebnis ist festzuhalten:

Der Kommanditist, geschäftsführend oder nicht geschäftsführend, ist am Gesellschaftsvermögen beteiligt. Daher ist ihm bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft ein Geldwert in Höhe des Anteils am Gesellschaftsvermögen zu erstatten.

Darin ist ein Anteil am Geschäftswert enthalten. Dieses Ergebnis ist also sowohl für den Fall, daß der Kommanditist in der Gesellschaft tätig war, als auch für den Fall, daß er nur seine Einlage in die Gesellschaft eingebracht hatte, zutreffend ³⁴⁾.

d) Der Anspruch des stillen Gesellschafters

Die stille Gesellschaft ist, wie oben erörtert, eine reine Innengesellschaft. Die von dem Stillen erbrachte Einlage geht nicht in das Vermögen der Gesellschaft über, sondern in das Vermögen des Geschäftsinhabers. Die stille Gesellschaft kennt kein Gesellschaftsvermögen. Der stille Gesellschafter kann daher auch nicht an einem Gesellschaftsvermögen beteiligt sein. Seine Beteiligung erstreckt sich auf den Unternehmungsgewinn. Geßler ³⁵⁾ definiert die stille Gesellschaft daher richtigerweise so: "Die stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft, bei der der stille Gesellschafter sich an dem Handelsgewerbe eines anderen, des Inhabers des Handelsgeschäftes, in der Weise beteiligt, daß er in das Vermögen des Geschäftsinhabers eine

33) aaO. S.91 Anm. 7

34) Im Ergebnis stimmen hiermit überein: Weipert Anm.34 zu § 177; Lehmann S.161; Düringer-Hachenburg Anm.11 zu § 177; Würdinger S.166; Haupt-Reinhardt S.85; Schwarze S.20

35) in Schlegelberger-Geßler Anm. 1 zu § 335

Vermögenseinlage leistet und dafür am Gewinn des Geschäftsbetriebs teilnimmt."

Daraus erhellt, daß der stille Gesellschafter jedenfalls nicht deswegen am Geschäftswert der stillen Gesellschaft beteiligt sein kann, weil er auch am Gesellschaftsvermögen der stillen Gesellschaft teilhat.

Das könnte jedoch im Falle der sogenannten atypischen stillen Gesellschaft anders sein. Literatur ³⁶⁾ und Rechtsprechung ³⁷⁾ unterscheiden zwischen typischer und atypischer stiller Gesellschaft. Unter der typischen stillen Gesellschaft wird dabei die oben definierte stille Gesellschaft verstanden. Sie ist der Normalfall.

Atypisch ist, genau genommen, jeder Gesellschaftsvertrag einer stillen Gesellschaft, der die gesetzlichen Vorschriften in irgendeiner Weise einschränkt, ergänzt oder erweitert ³⁸⁾. So verstanden liegt eine atypische stille Gesellschaft bereits dann vor, wenn der Stille beispielsweise nicht am Verlust des Geschäftes teilhaben soll oder wenn ihm Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt ist.

Grundsätzlich wird aber in der Literatur ³⁹⁾ und Rechtsprechung ⁴⁰⁾ unter "atypischer stiller Gesellschaft" nur diejenige stille Beteiligung verstanden, die dem Stillen eine erweiterte Rechtsstellung gewährt, und zwar dergestalt, daß er bei der Auflösung der Gesellschaft und Auseinandersetzung einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Geschäftsinhaber hat, so gestellt zu werden, als ob das Geschäftsvermögen beiden Gesellschaftern gemeinsam gehörte ⁴¹⁾ ⁴²⁾.

36) vgl. Siebert S.806 ff.; Schlegelberger-Geßler Anm.18 zu § 335; Weipert Anm.60 zu § 335; Duden Anm.4 zu § 337; Paulick S.100; Aulinger S.15; Buchwald-Tiefenbacher S.129

37) vgl. RGZ 126, 386 (390); 166, 160 (163); BGHZ 7, 174 (177)

38) vgl. Aulinger S.16

39) vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht S.98; Duden Anm.4 zu § 337; Lehmann S.163; Siebert S.806

40) BGHZ 7, 174 (177)

41) Die atypische stille Gesellschaft wird im Steuerrecht sogar als echte Beteiligung anerkannt, vgl. Siebert S.806; Paulick S.99; Koenigs S.50

42) Wenn in der vorliegenden Arbeit von "atypischer stiller Gesellschaft" gehandelt wird, so ist sie in diesem Sinne zu verstehen. Die anderen Formen der atyp.st.G. - alle

Diese Form der atypischen stillen Gesellschaft wird in der Regel dann vereinbart werden, wenn der Stille den Gesellschaftszweck nicht nur durch seine Kapitaleinlage, sondern auch durch Mitarbeit im Geschäft fördert. Die Geschäftsführungsbefugnis ist jedoch nicht Voraussetzung für eine atypische stille Gesellschaft. Vielmehr ist eine besonders hohe Kapitalbeteiligung des Stillen - es ist sogar denkbar, daß nur der stille Gesellschafter Kapital einbrachte, während der Geschäftsinhaber allein seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt - ebenso häufig Anlaß, eine atypische stille Gesellschaft zu gründen. Unabhängig von derartigen Voraussetzungen können die Gesellschafter aber auch sonst einen Vertrag über eine atypische stille Gesellschaft schließen, wenn sie das für zweckmäßig erachten.

Wenn auch der stille Gesellschafter einer atypischen st.G. bei der Auflösung der Gesellschaft einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Geschäftsinhaber hat, so gestellt zu werden, als ob das Geschäftsvermögen beiden Gesellschaftern gemeinsam gehörte, so begründet diese Form der stillen Gesellschaft doch keine gemeinsame Vermögenszugehörigkeit, keine "dingliche" Beteiligung am Unternehmen. Die Gesellschaft bleibt auch für diesen Fall reine Innengesellschaft⁴³⁾.

Da es mithin zwei verschiedene Arten von stillen Gesellschaften gibt, in denen jeweils der stille Gesellschafter an der Geschäftsführung Anteil haben kann oder nicht, sind also die Berechtigungen von vier verschiedenen Arten von stillen Gesellschaftern auf einen Anteil am Geschäftswert zu untersuchen. Es handelt sich um den

1. nicht geschäftsführenden
2. geschäftsführenden stillen Gesellschafter einer typischen stillen Gesellschaft
3. nicht geschäftsführenden
4. geschäftsführenden stillen Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft.

Verträge über stille Gesellschaften, die die gesetzlichen Vorschriften in sonst einer Weise einschränken, ergänzen oder erweitern - interessieren hier deswegen nicht, weil sie gegenüber der typischen stillen Gesellschaft in Bezug auf die Auseinandersetzung ohnedies keine neuen Gesichtspunkte bringen.

43) vgl. Siebert S.807; Paulick S.99; Aulinger S.19

aa) Der nicht geschäftsführende stille Gesellschafter einer typischen stillen Gesellschaft

Der Regelfall der Beteiligung als Stiller an einem Geschäft ist der, daß der Stille seine Einlage erbringt, nicht an der Geschäftsführung teilnimmt und am Geschäftsvermögen - auch nicht intern nur schuldrechtlich - nicht beteiligt ist. Dieser stille Gesellschafter fördert den Gesellschaftszweck nur in der Weise, daß er seine Einlage erbringt, die in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht. Eine Beteiligung am Geschäftsvermögen, woraus eine Beteiligung am Geschäftswert hergeleitet werden könnte, ist, wie gesagt, nicht gegeben. Rechtsprechung und Literatur versuchen, auf verschiedenen Wegen doch das Ergebnis zu erreichen, daß der Stille am Geschäftswert beteiligt ist.

Das RG hat zunächst im 94. Band ⁴⁴⁾ eine vieldiskutierte Entscheidung veröffentlicht. Es führt aus: "Überall da, wo ein besonderer Geschäftswert (Firmenwert) zu ermitteln ist, muß er bei der Auseinandersetzung auch berücksichtigt werden.... Der § 738 Abs. 2 BGB, wonach der Wert des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln ist, muß auf die stille Gesellschaft, bei der es ein Gesellschaftsvermögen im Rechtssinne nicht gibt, entsprechend angewendet werden". Mit dieser Argumentation will das RG die Beteiligung eines stillen Gesellschafters am Geschäftswert begründen.

Diese Entscheidung des RG kann nur dann richtig verstanden werden, wenn man das Innenverhältnis der zugrunde liegenden stillen Gesellschaft kennt. Zwar hat das RG dort ganz allgemein - und insoweit wohl unrichtig - entschieden, ein besonderer Geschäftswert müsse bei jeder Auseinandersetzung berücksichtigt werden, wenn er ermittelt werden könne. Es ist aber in jener Entscheidung von einem Fall ausgegangen, bei welchem sich "die Stellung des Klägers (stiller Gesellschafter, der Verf.) im Innenverhältnis der eines offenen Gesellschafters genähert hat". Das RG hatte damals also wahrscheinlich über die Auseinandersetzung einer atypischen stillen Gesellschaft - ohne diesen Begriff zu verwenden - zu entscheiden. Seine Entscheidung war dann für den speziellen Fall richtig, jedoch in

44) RGZ 94, 106 (108)

seiner Generalisierung zu weitgehend. Die Unrichtigkeit dieser allgemein gehaltenen Entscheidung scheint dann auch das RG erkannt zu haben; denn im 120. Band ⁴⁵⁾ gibt es die im 94. Band vertretene Rechtsauffassung ausdrücklich auf. Schmalenbach ⁴⁶⁾ geht noch weiter als das RG im 94. Band. Er befürwortet nicht nur eine analoge, sondern eine direkte Anwendung des § 738 Abs. 2 BGB, weil es sich bei der stillen Gesellschaft eben um eine Gesellschaft handle. Daraus leitet er her, daß der Stille einen Anspruch auf Teilnahme sowohl an den stillen Reserven, als auch am Geschäftswert habe. Nicht nur die Auffassung des RG im 94. Band sondern auch die Schmalenbachs muß abgelehnt werden; denn eine Anwendung des § 738 BGB auf die stille Gesellschaft ist, auch im Wege der Analogie, nicht möglich. Da es bei der stillen Gesellschaft ein gemeinsames Vermögen der Gesellschafter nicht gibt, können alle Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die auf dem Grundsatz der Vermögensbeteiligung zur gesamten Hand beruhen, nicht angewandt werden. Die Verschiedenheit der Rechtsform beider Gesellschaften verbietet insoweit auch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf die stille Gesellschaft.

Das KG ⁴⁷⁾ geht noch weiter als die erstzitierte Entscheidung des RG's. Es erklärt, der stille Gesellschafter sei nicht nur am Gewinn, sondern auch am Stamme (Substanz) des Geschäfts beteiligt. Er müsse deshalb am Geschäftswert teilhaben. Das KG geht mit dieser Entscheidung an dem klaren Wortlaut des § 335 Abs. 1 HGB vorbei und übersieht, daß danach die Einlage des Stillen in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht. Eine Vermögensbeteiligung des Stillen liegt also nicht vor. Die geäußerte Auffassung des KG kann damit als "contra legem" bezeichnet werden. Eine Substanzbeteiligung des stillen Gesellschafters, woraus eine Beteiligung am Geschäftswert abzuleiten wäre, ist also nicht gegeben.

Es wird häufig geäußert, das RG beschreite mit der zitierten Entscheidung im 120. Band neue Wege und wolle mit dieser Entscheidung eine vermittelnde Theorie anwenden. Tatsache ist,

45) RGZ 120, 410 (411)

46) aaO.S. 128 f.

47) KG OLGE 43, 319 (320)

daß das RG nach dieser Entscheidung den stillen Gesellschafter nicht mehr generell am Geschäftswert teilnehmen lassen will. Es erkennt aber an, daß der Stille an den Werterhöhungen des Anlagevermögens teilhat, wenn seine Einlage zur Werterhöhung beigetragen hat.

Dieser vermeintlich vermittelnden Theorie schlossen sich bald viele Autoren an, die mit ähnlichen Argumenten wie das RG die Teilnahme des Stillen auch am Geschäftswert **begründen** wollen. Diese Meinungen sollen hier erörtert werden.

Geßler ⁴⁸⁾ und Würdinger ⁴⁹⁾ ⁵⁰⁾ bejahen die Teilnahme des Stillen am Geschäftswert, wenn der Geschäftswert durch die Kapitalbeteiligung des Stillen geschaffen sei.

Diese Auffassung erscheint unrichtig.

Der ausscheidende stille Gesellschafter würde, wollte man seine Beteiligung am Geschäftswert bejahen, durch sein Ausscheiden ungerechtfertigte Vorteile gegenüber dem Geschäftsinhaber erlangen. Bis zum Ausscheiden hatte er nur einen Anspruch auf Gewinn, er war nicht an der Substanz des Geschäftes beteiligt. Mithin war zum Zeitpunkt des Bestehens der stillen Gesellschaft eine Beteiligung des Stillen am Geschäftswert nicht gegeben. Soll das durch sein Ausscheiden anders werden? Es ist nicht einzusehen, weshalb mit dem Augenblick des Ausscheidens der Stille Vermögensbeteiligter werden soll. Wenn der Stille bis zu seinem Ausscheiden am Geschäftswert nicht beteiligt war, so kann diese Beteiligung nicht durch die **Austrittserklärung begründet werden.**

Im übrigen ist die Auffassung Geßlers und Würdingers inkonsequent. Beide befinden sich mit der hier vertretenen Ansicht in Übereinstimmung, daß es sowohl bei der OHG als auch bei der KG nicht darauf ankommt, wer den Geschäftswert geschaffen hat. In diesen beiden Gesellschaftsarten soll die Beteiligung am Geschäftswert vielmehr nur auf Grund der Tatsache der Vermögensbeteiligung der einzelnen Gesellschafter Platz greifen. Die persönliche Leistung der einzelnen Gesellschafter bleibt also unberücksichtigt.

48) in Schlegelberger-Geßler Anm. 6 zu § 337

49) aaO. S.174

50) die gleiche Ansicht vertreten auch Michels (S.91f.)
und Schumann (S.298)

Im Fall der stillen Gesellschaft soll nun die persönliche Leistung des Stillen (Kapitaleinlage) Berücksichtigung finden. Das ist m.E. eine Entscheidung, die nur von dem - hier noch dazu unrichtigen - Gesichtspunkt der Billigkeit und nicht dem der Gesetzmäßigkeit getragen wird. Wenn man sonst davon ausgeht, daß es für die Beteiligung am Geschäftswert beim Ausscheiden aus einer Gesellschaft auf die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und nicht auf die Schaffung des Geschäftswerts ankomme, dann muß man diese Ansicht auch im Falle der stillen Gesellschaft beibehalten. Der BGH ⁵¹⁾ hat für die oHG ausdrücklich erklärt, die Beteiligung am Geschäftswert beim Ausscheiden aus einer Gesellschaft beruhe nur darauf, daß der ausscheidende Gesellschafter vordem am Gesellschaftsvermögen beteiligt war. Ob der Ausscheidende den Geschäftswert selbst gefördert habe, durch Mitarbeit oder Kapitaleistung, sei dabei unwesentlich. Diese Ansicht wurde als die einzig richtige befürwortet. Es wäre nun inkonsequent zu behaupten, daß es zwar im Falle der oHG nicht auf die persönliche Förderung des Geschäftswerts ankomme, bei der stillen Gesellschaft dieses Moment aber ausschlaggebend sei. Geßler und Würdinger müßten doch auch sagen, daß der Kommanditist, der nur durch seine Einlage den Gesellschaftszweck fördert, auch nur an dem durch seine Kapitaleistung erzeugten Geschäftswert beteiligt sei. Außerdem müßten sie, wenn sie auf die Schaffung des Geschäftswerts abstellen, konsequent weiterfolgern, daß der offene Handelsgesellschafter, der nicht an der Geschäftsführung teilhat, auch nicht an dem durch Arbeit erzeugten Geschäftswert teilnimmt. Zu diesem an sich folgerichtigen, m.E. aber dem Wesen der Personalgesellschaft widersprechenden Ergebnis kommen sie jedoch nicht. Geßler ⁵²⁾ ist besonders inkonsequent, wenn er in ein und demselben Abschnitt erklärt, daß der Stille an dem Geschäftswert teilnimmt, der durch seine Einlage geschaffen wurde, daß er aber an dem Geschäftswert, der durch seine Mitarbeit entstand, nicht teilhaben soll. Wenn man die Beteiligung am Geschäftswert im einen Fall von dessen Schaffung abhängig macht, dann

51) BGHZ 17, 130 (136)

52) in Schlegelberger-Geßler Anm.6 zu § 337

muß man das auch im zweiten Fall tun. Es ist also insoweit gleichgültig, ob der Geschäftswert durch Kapital- oder Arbeitsleistung erzeugt wurde. Zwischen beidem einen Unterschied zu machen, ist m.E. unrichtig.

Hier zeigt sich Michels ⁵³⁾, obwohl nach meiner Ansicht unrichtig, konsequenter. Er stellt für die Beteiligung am Geschäftswert bei der KG und st.G. nur auf die Schaffung dieses Wertes ab. Wer ihn geschaffen hat, gleichgültig ob durch Arbeits- oder Kapitaleistung, soll an ihm beteiligt werden. Wer nicht zu seiner Entstehung beitrug, darf an ihm nicht teilhaben. Die Lösung ist, wie gesagt, folgerichtig, aber im Ausgangspunkt falsch. Bei Untersuchung der Frage, ob der Kommanditist am Geschäftswert teilnimmt, ist bereits erklärt worden, wie sehr diese Argumentation dem Gesellschaftsgedanken widerspricht. Was bei der KG befürwortet wurde, kann nun nicht wieder abgelehnt werden, nämlich: Für die Beteiligung eines ausscheidenden Gesellschafters am Geschäftswert kommt es nur darauf an, ob der Ausscheidende am Geschäftsvermögen beteiligt war, d.h., ob er schon vor seinem Ausscheiden am Geschäftswert teilhatte. War das der Fall, so muß er auch bei seinem Ausscheiden einen Anspruch auf einen Anteil am Geschäftswert haben, da sein Anteil den Verbleibenden nicht unentgeltlich zuwachsen soll. Nicht nur das Ergebnis, das Würdinger erzielt, ist m.E. unrichtig, sondern auch seine Begründung. Würdinger sieht die Begründung für den Anspruch des Stillen auf den Geschäftswert in der Tatsache, daß der Stille mit dem Geschäftsinhaber zwar keine Vermögensgemeinschaft, so doch eine Zweckgemeinschaft (Innengemeinschaft) bilde. In dieser Zweckgemeinschaft fördere der Stille das Unternehmen des Geschäftsinhabers durch seine Einlage. Wenn man die Begründung für die Teilnahme des Stillen am Geschäftswert in der Tatsache sieht, daß er mit dem Geschäftsinhaber eine Zweckgemeinschaft bildet, dann müßte auch der Stille an dem durch den Geschäftsinhaber geschaffenen Geschäftswert teilnehmen. Denn, wenn Würdinger die Zweckgemeinschaft Geschäftsinhaber-Stiller für ausschlaggebend hält, dann muß doch alles, was in dieser Gemeinschaft entstand, und nicht nur das, was der Stille schuf, geteilt werden. Soweit will Würdinger aber nicht gehen.

53) aaO. S.90 ff.

Im übrigen ist eine Beteiligung eines stillen Gesellschafters am - nur von ihm geschaffenen - Geschäftswert praktisch kaum durchführbar⁵⁴⁾. Es muß hier nämlich der Geschäftswert, der durch die Einlage oder die Tätigkeit des Geschäftsinhabers geschaffen worden ist von dem Geschäftswert getrennt werden, der durch die Einlage des Stillen entstand. Das ist nahezu unmöglich. Der Geschäftswert ist, wie ausgeführt, ein komplexer Wert. Er setzt sich aus vielen Einzelkomponenten zusammen. Die einzelnen Faktoren sind nicht losgelöst voneinander, sondern ineinander verflochten. Z.B. könnte der gute Ruf eines Geschäftes dadurch entstehen, daß der Geschäftsinhaber gute Waren herstellt, dafür Auszeichnungen erhält, die die Kundschaft darauf hinweisen, daß es sich hier um ein gutes Unternehmen handelt. Der gute Ruf könnte aber auch dadurch entstanden sein, daß die Einlage des Stillen den Kauf rationell arbeitender Maschinen ermöglicht und daß dadurch die Waren billiger werden. Fallen beide Momente in einem Geschäft zusammen, so läßt sich allenfalls ermitteln, daß ein guter Ruf den Geschäftswert erhöht. In welchem Verhältnis jedoch der gute Ruf zu den anderen Geschäftswertelementen in diesem Unternehmen steht, und in welchem Verhältnis der durch den Geschäftsinhaber geschaffene gute Ruf zu dem durch den Stillen geförderten guten Ruf steht, wird sich nicht ermitteln lassen. Die Auffassung obengenannter Autoren, daß der Stille an dem durch seine Kapitalbeteiligung geschaffenen Geschäftswert zu beteiligen sei, scheitert also auch an der praktischen Durchführbarkeit. Reinhardt⁵⁵⁾ und von Gierke^{56) 57)} - beide ohne weitere Begründung - gehen noch weiter als die bisher genannten Autoren. Sie befürworten eine Teilnahme des Stillen am Geschäftswert, der im Betrieb nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages entstanden ist. Sie stellen nicht darauf ab, wer den Geschäftswert geschaffen hat, sondern lassen den Stillen an jedem im Geschäft in der Zeit des Bestehens der Gesellschaft entstandenen Geschäftswert teilnehmen.

54) s.a.Hueck, Gesellschaftsrecht S.103; Koenigs S.290

55) in Haupt-Reinhardt S.89

56) aaO. S.245

57) ähnliche Ausführungen wie Haupt-Reinhardt und von Gierke macht Hülsebusch S.35

Diese Ansicht kann nicht gebilligt werden. Sollte sie auf der Auffassung, daß der Stille am Geschäftsvermögen beteiligt ist, beruhen, so ist sie offensichtlich falsch. Sollte sie sich auf eine analoge Anwendung des § 738 Abs.2 BGB stützen, so ist sie, wie ausgeführt, ebenso unrichtig. Die Beteiligung am gesamten Geschäftswert des Unternehmens jedoch allein auf die Tatsache zu stützen, daß der Stille durch Gesellschaftsvertrag mit dem Geschäftsinhaber verbunden ist, ist auch nicht richtig.

Es ist mithin nicht ersichtlich, womit Reinhardt und von Gierke ihr Ergebnis, daß der stille Gesellschafter an dem gesamten im Unternehmen erzeugten Geschäftswert teilnehmen soll, begründen wollen.

Das RG hat, wie oben ausgeführt, im 120. Band ⁵⁸⁾ eine zwischen der Theorie, daß der Stille an keinerlei Werterhöhungen beteiligt sei und der Theorie, wonach er am vollen Geschäftswert teilhat, vermittelnde These aufgezeigt. Es will den Stillen nicht mehr wie früher generell am Geschäftswert teilnehmen lassen. Es erkennt nur an, daß der Stille an den Werterhöhungen des Anlagevermögens insoweit teilhabe, als der Mehrwert durch Aufwendungen von Geschäftsmitteln geschaffen worden ist, nicht aber an solchen, deren Eintritt sich unabhängig davon ereignet hat. Daß der Stille im gleichen Maße auch am Geschäftswert teilhat, hat das RG damals nicht gesagt. Das aber wollen offenbar verschiedene Autoren aus dieser Entscheidung herauslesen ⁵⁹⁾.

Folgendes Ergebnis erscheint richtig:

Der nicht geschäftsführende stille Gesellschafter einer typischen stillen Gesellschaft ist nicht am Geschäftsvermögen beteiligt, mithin hat er zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft auch keinen Anteil am Geschäftswert. Da er mit seinem Ausscheiden nur für das entschädigt werden soll, was er vor seinem Ausscheiden hatte und jetzt dem Verbleibenden zurücklassen muß,

58) RGZ 120, 410 ff.

59) Das RG hat sich in dieser Entscheidung zur Frage der Berücksichtigung des Geschäftswertes nur insofern geäußert, als es die früher vertretene Ansicht, daß der stille Gesellschafter generell am Geschäftswert teilnehme, aufgegeben hat. Es hat aber nicht erklärt, ob überhaupt und in welchen Fällen ein stiller Gesellschafter einen Anspruch auf Beteiligung am Geschäftswert habe.

kann er keinen Geschäftswertanteil erhalten. Auf die Schaffung des Geschäftswerts durch persönliche Leistung (Arbeits- oder Kapitalleistung) kommt es also nicht an. Es wäre im übrigen nicht folgerichtig, wollte man bei der oHG und KG ausdrücklich auf das Moment der Schaffung des Geschäftswertes verzichten, hier dieses Moment jedoch für ausschlaggebend erachten.

Die Schlußbilanz bei der stillen Gesellschaft ist daher keine reine Vermögensbilanz wie bei der oHG und KG, sondern eine Erfolgsermittlungsbilanz. Allerdings handelt es sich bei dieser Erfolgsermittlungsbilanz nicht um eine solche wie bei den jährlichen Gewinnabrechnungen. Vielmehr ist der volle Erfolg der wahren Sachlage entsprechend darzustellen. Stille Reserven sind also aufzulösen, aber der Geschäftswert ist nicht in diese Bilanz einzustellen.

Diese Auffassung wird noch durch eine Hilfsüberlegung bezüglich der Haftung des Stillen gegenüber Dritten gestützt. Der stille Gesellschafter haftet einem Dritten, d.h. einem Gesellschaftsgläubiger, niemals unmittelbar. Er trägt also nicht das gleiche Risiko wie ein offener Handelsgesellschafter und ein Kommanditist. Der Gesellschafter einer oHG trägt das Risiko, sein gesamtes Vermögen zu verlieren, der Kommanditist hat dagegen das Risiko, daß sein Vermögen um die Höhe der Haftsumme verringert werden kann; denn er ist mit dem Schicksal des Unternehmens und des Unternehmungsvermögens bis zur Höhe der Haftsumme verbunden. Die Haftungsgefahr des stillen Gesellschafters dagegen ist geringer. Erstens, wie gesagt, haftet er Dritten niemals unmittelbar; aber auch wenn das Unternehmen in Konkurs fällt, hat der Stille noch größere Aussichten, sein Geld wiederzubekommen als der Kommanditist. Er hat nämlich noch die Möglichkeit, seinen Anspruch, soweit seine Kapitaleinlage seinen Anteil am Verlust übersteigt, als Konkursgläubiger geltend zu machen. Der Stille ist also Konkursgläubiger, während der Kommanditist und der Gesellschafter einer oHG Gemeinschaftsschuldner sind und im Konkursfalle nichts mehr bekommen. Er steht mithin außerhalb des Geschäftsvermögens, was beim Kommanditisten nicht der Fall ist.

Da der Stille somit auch im Hinblick auf die Haftung anders gestellt ist als ein Kommanditist, vor allem nicht das gleiche Risiko wie dieser trägt, ist auch unter diesem Aspekt

seine Teilnahme am Geschäftswert zu vereinen.

Dieses Ergebnis erscheint auch nicht unbillig.

Daß der Stille schlechter gestellt werden muß als ein Kommanditist, geht aus der Tatsache hervor, daß er nicht so viel wie dieser riskiert. Er soll also nicht am vollen Geschäftswert partizipieren. Daß der Stille eher so zu stellen ist wie ein partiarischer Darlehensgeber, ergibt sich schon daraus, daß er oft nur schwer von diesem zu unterscheiden ist. Der partiarische Darlehensgeber nimmt aber unzweifelhaft nicht am Geschäftswert teil, der durch seine Geldhingabe entstand. Da die stille Gesellschaft und das partiarische Darlehen sich in vielen Punkten ähneln, weshalb ihre Unterscheidung ja oft schwer ist - sie ähneln sich nur, doch kann man nicht sagen, daß der Stille ein Darlehensgeber sei -, liegt es auch näher, den stillen Gesellschafter im Hinblick auf die Beteiligung am Geschäftswert wie einen partiarischen Darlehensgeber zu behandeln. Es erscheint somit auch vom Gesichtspunkt der Billigkeit aus gerechtfertigt, den stillen Gesellschafter am Geschäftswert nicht teilnehmen zu lassen. Man könnte hier einwenden, daß der stille Gesellschafter nun doch überhaupt keine Vorteile gegenüber dem partiarischen Darlehensgeber habe. Dieser Einwand greift jedoch nicht durch; denn der stille Gesellschafter hat gegenüber dem partiarischen Darlehensgeber den Vorzug, daß er innerhalb der Gesellschaft Kontrollmöglichkeiten hat, die es ihm ermöglichen, auf die Geschäftsführung in der Weise einzuwirken, daß sein Gewinnanteil möglichst hoch wird. Diesen Vorteil hat der partiarische Darlehensgeber nicht. Auch diese Überlegung spricht also für das Ergebnis, daß der stille Gesellschafter nicht am Geschäftswert teilnehmen darf.

Das KG gibt in einer sehr frühen Entscheidung ⁶⁰⁾ noch weitere Gründe an, die das gleiche Ergebnis stützen. Es führt sehr richtig aus, daß der stille Gesellschafter nur an dem durch die Führung des noch existenten Geschäftes erzielten Gewinn teilnehmen dürfe und nicht an dem Gewinn, der aus der Veräußerung des Geschäftes herrühre. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß der nur beim Übergang des Geschäftes in

60) KG DJZ 1901 S.50

andere Hände realisierbare Geschäftswert nur solchen Personen zugute kommen soll, die am Geschäftsvermögen beteiligt sind. Personen, die nur einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung haben, dürfen dagegen am Geschäftswert nicht partizipieren. M.E. ist das hier gefundene Ergebnis also auch unter dem Gesichtspunkt der Risikotragung und der Billigkeit gerechtfertigt ⁶¹⁾.

Das mit den vorangegangenen Erörterungen gewonnene Ergebnis stimmt auch mit den allgemeinen Ausführungen über die Geschäftswertschätzung überein. Dort wurde festgestellt, daß der Geschäftswert ein Teil des Gesamtwertes eines Unternehmens ist. Damit kam zugleich zum Ausdruck, daß der Gesamtwert Ausgangspunkt für die Ermittlung des Geschäftswertes ist. Da aber der stille Gesellschafter, wie wiederholt dargelegt, am Geschäftsvermögen, das heißt am Gesamtwert des Unternehmens, nicht beteiligt ist, kann er noch viel weniger an dem im Gesamtwert enthaltenen Geschäftswert teilhaben.

bb) Der geschäftsführende stille Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft

Im Gesellschaftsvertrag einer stillen Gesellschaft kann ausnahmsweise vereinbart werden, daß der Stille das Recht zur Geschäftsführung habe ⁶²⁾. Macht der Stille von diesem Recht Gebrauch, und ist die Entstehung des Geschäftswertes auf seine Tätigkeit zurückzuführen, so fragt sich, ob dann der stille Gesellschafter an diesem Geschäftswert teilhat, d.h., ob er bei seinem Ausscheiden einen Anspruch auf diesen Geschäftswert hat.

61) Im Ergebnis stimmen mit der hier vertretenen Auffassung überein: Weipert Anm.5 zu § 337 und Anm.5 zu § 340; Sudhoff S.281.; Paulick S.220; Könige-Teichmann-Köhler Anm.2 zu § 340; Winckelmann S.63 ff. Hueck, Gesellschaftsrecht S.103; Koenigs S.289 f. Der BGH (NJW 52,1412 f.) vertritt wohl die gleiche Ansicht. Er führt nämlich bei seiner Entscheidung über einen Fall der atypischen stillen Gesellschaft aus, bei einer atypischen stillen Gesellschaft beschränke sich das Auseinandersetzungsguthaben "im Unterschied zu der Auseinandersetzung bei der typischen stillen Gesellschaft nicht auf eine Rückerstattung der in Geld geleisteten Einlage, wie sie sich infolge der Beteiligung an Gewinn und Verlust ergeben hat, und auf Zahlung des noch nicht ausgezahlten Gewinnanteils nach Maßgabe einer gewöhnlichen Jahresbilanz". Der BGH will also generell den typischen stillen Gesellschafter nicht am Geschäftswert beteiligen. Auf die Schaffung des Geschäftswerts durch persönliche Leistung kommt es ihm mithin nicht an.

62) vgl. Weipert Anm. 8 zu § 338

Die Frage ist nach dem unter aa) Gesagten kurz zu beantworten. Die persönliche Leistung (Arbeits- und Kapitaleistung) spielt für die Beteiligung am Geschäftswert sowohl bei der OHG und KG als auch bei der stillen Gesellschaft keine Rolle. Die Beteiligung am Geschäftswert richtet sich nach der hier vorgetragenen Ansicht allein danach, ob der ausscheidende Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen beteiligt war oder nicht. Der stille Gesellschafter einer typischen stillen Gesellschaft ist aber in keinem Fall am Geschäftsvermögen beteiligt. Deshalb nimmt auch der tätige stille Gesellschafter an dem durch seine Tätigkeit geschaffenen Geschäftswert nicht teil, er hat also wie der nicht geschäftsführende stille Gesellschafter bei seinem Ausscheiden keinen Anspruch auf einen Anteil am Geschäftswert.

Eine andere Ansicht vertreten wieder - wie im Falle der KG - Michels ⁶³⁾ und Müller-Erzbach ⁶⁴⁾. Beide wollen an einem Geschäftswert, der nur durch Betätigung entsteht, den tätigen stillen Gesellschafter teilnehmen lassen, soweit der Geschäftswert auch durch ihn geschaffen wurde. Daß diese Auffassung unrichtig ist, wurde bereits erklärt.

Der geschäftsführende stille Gesellschafter wird gegenüber einem nicht geschäftsführenden den Vorteil haben, daß er ein Gehalt bekommt oder seine Gewinnbeteiligung erhöht ist. Jedenfalls hat er dem nicht geschäftsführenden Stillen gegenüber nicht den Vorzug, am Geschäftswert beteiligt zu sein.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß stille Gesellschafter einer typischen stillen Gesellschaft keinen Anspruch auf einen Geschäftswertanteil haben; das selbst dann nicht, wenn sie selbst durch ihre Kapitaleinlage oder durch Mitarbeit den Geschäftswert mitgeschaffen haben.

cc) Der nicht geschäftsführende stille Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft

Unter dem Begriff der atypischen stillen Gesellschaft wurde die stille Gesellschaft verstanden, die nach ihrem Vertragsinhalt den Stillen bei der Auseinandersetzung so

63) aaO. S. 91 f.

64) aaO. S. 741 f.

stellen will, als sei er am Geschäftsvermögen beteiligt. Es wurde erörtert, daß diese Konstruktion in Literatur und Rechtssprechung anerkannt ist. Ist eine stille Gesellschaft atypischer Art zwischen den Parteien vereinbart, so kann man wohl sagen, daß im Grunde von der stillen Gesellschaft des HGB nur noch die äußere Bezeichnung übriggeblieben ist. Die Stellung des Gesellschafters ähnelt einer solchen eines Kommanditisten oder eines Gesellschafters einer OHG.

Der BGH ⁶⁵⁾ führt aus, daß die Berechnung des Auseinsetzungs Guthabens bei einer atypischen stillen Gesellschaft im Zweifel nach den Grundsätzen zu erfolgen habe, die beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer OHG (§ 138 HGB) gelten. Nur auf diesem Wege sei es möglich, die Beteiligung des Stillen an dem gesamten Firmenvermögen zu berücksichtigen. Das bedeute, daß eine echte Vermögensbilanz aufzustellen sei und der Wert des lebenden Unternehmens berücksichtigt werden müsse.

Schon das RG ⁶⁶⁾ hat in ähnlichem Sinne geurteilt, daß die Vereinbarung einer atypischen stillen Gesellschaft dazu führen müsse, im Falle der Auseinsetzung den Wert des Vermögens im ganzen zu ermitteln und den Ausscheidenden daran zu beteiligen.

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen.

Die Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft wollen im Innenverhältnis gegenüber der typischen stillen Gesellschaft abweichende Vereinbarungen treffen. Die vermögensrechtliche Auseinsetzung ist nur eine Frage des Innenverhältnisses. Folglich müssen gerade für sie die besonderen Vereinbarungen der Gesellschafter gelten. D.h., bei der Auseinsetzung einer atypischen stillen Gesellschaft ist der Stille so zu stellen, als sei er wie ein Gesellschafter einer OHG am Gesamtvermögen der Unternehmung beteiligt. Wenn der stille Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft bei der Auseinsetzung aber so zu stellen ist wie ein Gesellschafter, der am Geschäftsvermögen teilhat, so muß das notwendigerweise dazu führen, eine Vermögensbilanz, und nicht eine Erfolgsbilanz wie bei der typischen stillen Gesellschaft aufzu-

65) BGH NJW 1952, 1412 (1413)

66) RGZ 166, 160 (163)

stellen. Der stille Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft ist bei der Auseinandersetzung also wie ein offener Gesellschafter zu stellen. Er hat somit beim Ausscheiden auch einen Anspruch auf Beteiligung am Geschäftswert. In der Literatur wird die Unterscheidung zwischen typischer und atypischer stiller Gesellschaft - jedenfalls im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung - nur selten erörtert. Soweit sie jedoch berücksichtigt wird ⁶⁷⁾, kommt man zum gleichen Ergebnis wie die Rechtsprechung und die hier vertretene Auffassung.

dd) Der geschäftsführende stille Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft

Die Beteiligung des nicht geschäftsführenden stillen Gesellschafters einer atypischen stillen Gesellschaft am Geschäftswert wurde oben bejaht. Diese Bejahung erfolgte allein auf Grund der Tatsache, daß der stille Gesellschafter durch die Vereinbarung der atypischen Gesellschaft im Innenverhältnis so gestellt werden soll, wie wenn er bei der Auflösung der Gesellschaft in schuldrechtlicher Form am Geschäftsvermögen beteiligt wäre. Auf die persönliche Leistung des Stillen (Kapital- oder Arbeitsleistung) wurde genausowenig wie bei der oHG und KG abgestellt. Daraus erhellt, daß der stille Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft einen Anspruch auf einen Geschäftswertanteil hat, gleichgültig, ob dieser Geschäftswert gerade durch seine Mitarbeit, seine Kapitalleistung oder überhaupt nicht durch ihn geschaffen wurde.

In der Literatur wird auf die Unterscheidung zwischen geschäftsführendem und nicht geschäftsführendem stillen Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft nicht eingegangen. Auch der BGH hat hierzu bisher noch nicht Stellung genommen. Aber aus der Tatsache, daß der BGH ⁶⁸⁾ den Stillen einer atypischen stillen Gesellschaft - ohne zu fragen, ob er mitarbeitete oder nicht - bei der Auseinandersetzung behandelt, als nehme er am Firmenvermögen teil, ist zu erkennen, daß er die Differenzierung von tätigem und untätigem stillen

67) vgl. Duden Anm.4 zu § 337; Michels S.92 f.; Sudhoff S.282; Tittel S.178; Paulick S.100 und S.221; Hueck, Gesellschaftsrecht S.103; Koenigs S.303f.

68) BGHZ 7,174 (178)

Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft genauso wenig für bedeutend hält wie die gleiche Unterscheidung bei den Gesellschaftern einer oHG ⁶⁹⁾.

Sieht man die beiden BGH-Entscheidungen aus dem 7. und 17. Band ⁷⁰⁾ im Zusammenhang, so geht daraus deutlich hervor, daß bei Beurteilung der Frage, welcher Gesellschafter am Geschäftswert beteiligt werden soll, nicht auf die Leistungen der einzelnen Gesellschafter abzustellen ist, sondern nur auf die Beteiligung, wobei es gleichgültig ist, ob eine gesamthänderische Beteiligung vorliegt oder ob die Gesellschafter nur vereinbart haben, daß der Stille bei der Auflösung der Gesellschaft in schuldrechtlicher Form am Vermögen des Geschäftsinhabers beteiligt sein soll. Die beiden BGH-Entscheidungen sprechen also auch für die Richtigkeit der vorher vertretenen Auffassung, daß ein stiller Gesellschafter einer typischen stillen Gesellschaft beim Ausscheiden aus der Gesellschaft niemals einen Anspruch auf einen Geschäftswertanteil hat. Dagegen hat sowohl der nicht geschäftsführende als auch der geschäftsführende stille Gesellschafter einer atypischen stillen Gesellschaft bei der Auseinandersetzung einen Anspruch auf Beteiligung am Geschäftswert.

Als Gesamtergebnis zum bisher im Kapitel D) Vorgetragenen ist festzustellen:

Ein Gesellschafter einer oHG, KG und stG hat dann einen Anspruch auf Beteiligung am Geschäftswert, wenn er am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist. Gemäß §§ 105 Abs.2 HGB, 718 BGB ist das bei Gesellschaftern einer oHG und gemäß §§ 161 Abs.2, 105 Abs.2 HGB, 718 BGB für die Gesellschafter einer KG der Fall. Ein stiller Gesellschafter ist, wie aus § 335 HGB hervorgeht, am Geschäftsvermögen nicht beteiligt.

Die Gesellschafter einer stillen Gesellschaft können jedoch vereinbaren, daß der stille Gesellschafter im Innenverhältnis so gestellt werden soll, wie wenn er am Geschäftsvermögen teilhabe (atypische stille Gesellschaft). In diesem Fall nimmt aus-

69) BGHZ 17, 130 (136)

70) Gemeint sind die beiden unter Anm.68 und 69 zitierten BGH-Entscheidungen

nahmsweise einmal ein stiller Gesellschafter auch am Geschäftswert teil. Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Gesellschafter der drei genannten Arten von Gesellschaften beim Ausscheiden aus der Gesellschaft einen Anspruch auf einen Geschäftswertanteil hat, ist es gleichgültig, ob die einzelnen Gesellschafter durch Mitarbeit, durch Kapitalleistung oder überhaupt nicht den Geschäftswert gefördert haben. Der Gesellschaftsgedanke verbietet eine solche, von der persönlichen Leistung oder der Art der Beteiligung abhängige Betrachtungsweise.

II. Der Anspruch auf Beteiligung am Geschäftswert bei Eintritt in eine bestehende Unternehmung

Hier soll nur von der oHG, KG und der atypischen stillen Gesellschaft gehandelt werden, weil nach der vorgetragenen Auffassung ausschließlich bei diesen Gesellschaftsformen dem ausscheidenden Gesellschafter ein Anspruch auf den Geschäftswert zusteht.

Es ist denkbar, daß der aus einer der genannten Gesellschaften Ausscheidende nicht schon Mitbegründer der Gesellschaft war, sondern erst nach Bestehen der Gesellschaft in das Unternehmen eintrat. Zu diesem Zeitpunkt besaß das Unternehmen eventuell schon einen Geschäftswert.

Auch ist es möglich, daß eine Gesellschaft in der Form gegründet wird, daß einer der Gesellschafter ein schon bestehendes Unternehmen in die Gesellschaft einbringt. Dieses bisherige Einmann-Unternehmen wird in der Regel auch einen gewissen Geschäftswert gehabt haben.

Es fragt sich, wie in einem solchen Fall beim Ausscheiden des nachträglich Eintretenden der Geschäftswert zu berechnen ist. Besonders dann, wenn beim Eintritt der vorhandene Geschäftswert nicht festgestellt und nicht in Rechnung gestellt wurde, werden sich beim Ausscheiden praktische Schwierigkeiten bei der Geschäftswertermittlung ergeben. Man wird für diesen Fall sogar regelmäßig davon auszugehen haben, daß der Ausscheidende nicht am Geschäftswert beteiligt werden soll. Hat der nachträglich Eintretende nämlich beispielsweise 50.000 DM eingebracht und sind diese ihm voll gutgeschrieben worden und hatten der bzw. die bisherigen Unternehmer einen Buchanteil von ebenfalls 50.000 DM, der gleichfalls unverändert in die Gründungsbilanz

übernommen wurde, so ergibt sich daraus, daß der später Eintretende auch bei seinem Ausscheiden nur mit dem Buchwert - also ohne Geschäftswertbeteiligung - abgefunden werden soll. Freilich kann der Gesellschaftsvertrag das Gegenteil ergeben, wenn dem nachträglich Eintretenden eine besonders günstige Position gewährt werden soll.

Die Geschäftswertermittlung beim Ausscheiden eines nachträglich Eintretenden bereitet dann keine besonderen Schwierigkeiten, wenn der beim Eintritt bereits vorhandene Geschäftswert bei der Aufnahme des Gesellschafters berücksichtigt wurde. Das kann auf zweierlei Weise geschehen:

1. Durch Verrechnung eines Disagios
2. Durch Zahlung eines Agios ⁷¹⁾.

Die Verrechnung eines Disagios bedeutet, daß der nachträglich Eintretende nicht den vollen Betrag seiner (Bar- oder Sach-) Einlage in Rechnung gestellt erhält, sondern daß von dem Nennbetrag nur ein Minderbetrag übrigbleibt. Dieser Minderbetrag wird mittels einer Verhältnisgleichung errechnet:

Gesamtwert: (Buchwert + stillen Reserven) = Nennwert
(eingezahlter Betrag):X.

Am Zahlenbeispiel soll das verdeutlicht werden.

Der Gesamtwert der bestehenden Unternehmung	= 500.000 DM
Der Buchwert	= 350.000 DM
stille Reserven	= 50.000 DM
Nennwert der Einlage	= 200.000 DM
Der Geschäftswert der bestehenden Unternehmung	= 100.000 DM.

Dieses Ergebnis erhält man, wenn man vom Gesamtwert den Buchwert + stille Reserven abzieht.

Die Werte in obige Gleichung eingesetzt ergeben:

$$\begin{aligned} 500000 : (350000 + 50000) &= 200000 : x \\ x &= \frac{200000 \cdot 4}{5} = 160000. \end{aligned}$$

71) vgl. Tittel S.169 f.

Der eingezahlte Betrag von 200.000 DM wird dem Eintretenden also nur in Höhe von 160.000 DM gutgeschrieben. Dadurch ist der nachträglich Eintretende am Gesamtwert, und zugleich am Geschäftswert, des Unternehmens im Verhältnis seines Anteils wie die anderen Gesellschafter beteiligt.

Bei seinem Ausscheiden kann daher sein Geschäftswertanteil in der Weise ermittelt werden, als sei er bereits seit Gründung der Unternehmung am Geschäftswert beteiligt gewesen.

Die Zahlung eines Agios wird weniger üblich sein als die Verrechnung eines Disagios. Immerhin zeitigt die Zahlung des Agios die gleichen Wirkungen.

Das Agio ist ein Aufgeld, das der Eintretende zu seiner nominellen Kapitaleinlage, die voll in die Gründungsbilanz eingestellt wird, zu zahlen hat. Es wird ebenfalls durch Verhältnisgleichung ermittelt:

(Buchwert + stillen Reserven) : Gesamtwert = Nennbetrag : x
Wieder sollen die vorhin gebrauchten Werte eingesetzt werden:

$$(350000 + 50000) : 500000 = 200000 : x$$

$$x = \frac{200000 \cdot 5}{4} = 250000$$

Aus dieser Gleichung ist zu ersehen, daß der eintretende Gesellschafter - wollte er am Gesamtwert des Unternehmens in Höhe von 200.000 DM voll beteiligt werden - 250.000 DM zu zahlen hätte. Das Agio beträgt also 50.000 DM. Dieses Aufgeld muß der Eintretende an die bzw. den bereits vorhandenen Unternehmer entweder außerhalb der Unternehmung zahlen oder - ohne Anrechnung auf seine Leistung - in die Unternehmung einschießen, wodurch die buchmäßigen Anteile der bzw. des vorhandenen Gesellschafters erhöht werden.

Die Ermittlung des Geschäftswertanteils beim Ausscheiden eines Gesellschafters einer OHG, Kommanditisten und stillen Gesellschafters einer atypischen stillen Gesellschaft, der in eine bestehende Unternehmung nachträglich eintrat, macht also nur dann besondere Schwierigkeiten, wenn beim Eintritt der bereits vorhandene Geschäftswert nicht berücksichtigt wurde. In der Regel wird dann beim Ausscheiden des später Eingetretenen diesem ein Anspruch auf Beteiligung am Geschäftswert nicht zu gewähren sein.

Auch aus dieser Darstellung ist zu ersehen, daß die aus-

scheidenden Gesellschafter der hier in Rede stehenden Gesellschaften, wenn überhaupt, immer am vollen Geschäftswert beteiligt werden. In keinem Fall wurde einem Gesellschafter - auch nicht dem Stillen einer atypischen stillen Gesellschaft - nur ein Teil des Geschäftswertes zugesprochen, so daß es auf die unter C II gemachte Unterscheidung zwischen derivativem und originärem Geschäftswert nicht ankommt. Diese Unterscheidung ist m.E. nur bei den jährlichen Gewinnermittlungsbilanzen wesentlich.

III. Die Berechnung des Anteils am Geschäftswert

Im Abschnitt D I. war häufiger von der unterschiedlichen Höhe der Beteiligung am Geschäftsvermögen und am Geschäftswert die Rede. Unerörtert blieb in diesem Zusammenhang, wie sich die Höhe des Geschäftswertanteils beim Ausscheiden eines Gesellschafters errechnet.

Wenn der Gesamtwert eines Unternehmens über oder unter der Summe der Kapitalkonten der Gesellschafter liegt, muß einem ausscheidenden Gesellschafter die Differenz zu- oder abgerechnet werden. Es fragt sich, wie diese Differenz auf die einzelnen Gesellschafter verteilt wird.

Es kommen für die Verteilung 3 Maßstäbe in Betracht:

1. Verteilung nach der Zahl der Gesellschafter
2. Verteilung nach Kapitalanteilen
3. Verteilung nach Gewinnanteilen ⁷²⁾

Es soll zunächst aufgezeigt werden, wie wesentlich die Unterscheidung zwischen diesen 3 Verteilungsmaßstäben ist. Ein Unterschied zwischen den genannten Verteilungsschlüsseln ist nur dann ersichtlich, wenn die Mitgesellschafter verschieden hohe Einlagen erbracht und im Gesellschaftsvertrag verschieden hohe Gewinnanteile zugestanden erhalten haben. Handelt es sich dagegen um eine Gesellschaft mit 3 Gesellschaftern, von denen jeder z.B. 20.000 DM eingebracht hat, und die im Verhältnis von $1/3 : 1/3 : 1/3$ am Gewinn beteiligt sind, dann ergeben sich anlässlich der

72) Schwarze (S.49) und Potthoff-Zintzen (S.230) erwähnen noch eine 4.Möglichkeit, nämlich: Verteilung des Überschusses nach der Leistungsfähigkeit der Gesellschafter. Dieser Maßstab hat m.E. keinerlei gesetzliche Stütze und bleibt hier deshalb von vornherein außer Betracht.

Überschußverteilung bei Anwendung der verschiedenen Maßstäbe keine Unterschiede. Anders ist es, wenn die einzelnen Gesellschafter verschieden hohe Einlagen investiert haben und wenn nach dem Gesellschaftsvertrag die Gewinnanteile nicht im Verhältnis der Kapitalkonten zueinander stehen. Das ist häufig der Fall.

Auch der nur tätige, also nicht kapitaleinlegende Gesellschafter nimmt normalerweise am Gewinn teil. Er würde bei seinem Ausscheiden nichts bekommen, wenn der Überschuß nach dem Verhältnis der Kapitalkonten zu verteilen wäre. Der nur tätige Gesellschafter würde dagegen im Verhältnis zum gleichfalls tätigen und zusätzlich kapitaleinlegenden Gesellschafter begünstigt werden, wenn die Überschußverteilung nach Köpfen zu erfolgen hätte; denn dieser bekäme gleichviel wie jener.

Wieder soll ein Zahlenbeispiel die Unterschiede verdeutlichen: Eine oHG besteht aus 3 Gesellschaftern, A, B und C. A brachte keine Einlage, er stellt nur seine Arbeitskraft zur Verfügung, B legte 10.000 DM ein und arbeitet zusätzlich mit, C investierte 50.000 DM und ist ebenfalls im Geschäft tätig. Bei Gründung der Gesellschaft wurde vereinbart, A solle zu $1/6$., B zu $2/6$. und C zu $3/6$. am Gewinn beteiligt sein.

Bei Ausscheiden des A aus der Gesellschaft soll ein Geschäftswert von 30.000 DM vorhanden sein. Würde dieser Geschäftswert nach der Zahl der Gesellschafter verteilt werden, so erhielte A davon 10.000 DM, B und C jeweils auch nur 10.000 DM. Würde der Überschuß nach dem Verhältnis der Kapitalanteile verteilt werden, so erhielte A nichts, B 5.000 DM und C 25.000 DM. Würde die Verteilung dagegen nach dem Gewinnverteilungsschlüssel erfolgen, so käme A 5.000 DM, B 10.000 DM und C 15.000 DM.

1.) Die Betrachtung der Verteilungsschlüssel unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten

a) Die Verteilung nach der Zahl der Gesellschafter

Dieser Maßstab erscheint willkürlich. Bei ihm wird allein die Beteiligung als Gesellschafter berücksichtigt und nicht danach gefragt, in welcher Weise der einzelne Gesellschafter beteiligt ist. Der Gesellschafter, der keine Einlage

erbrachte, sondern nur seinen guten Namen zur Verfügung stellte, würde genauso am Überschuß beteiligt sein, und also auch am Geschäftswert, wie der Gesellschafter, der sein gesamtes Vermögen von z.B. 100.000 DM riskierte und noch dazu allein die Geschäfte der Gesellschaft führte.

Dieser Maßstab ist also zu ungerecht, als daß es noch eines weiteren Eingehens auf ihn bedürfte. Auch bei der Betrachtung der Verteilungsschlüssel unter rechtlichen Gesichtspunkten soll er deshalb außer acht bleiben ⁷³⁾.

Freilich kann der Gesellschaftsvertrag vorsehen, daß der Geschäftswert nach Köpfen verteilt wird. Solange Gesichtspunkte der Sittenwidrigkeit nicht entgegenstehen, ist hiergegen nichts zu erinnern.

b) Die Verteilung nach Kapitalkonten

Dieser Maßstab ist etwas gerechter als der der Verteilung nach Köpfen; denn immerhin berücksichtigt er nicht allein die Gesellschaftserstellung, sondern stellt auf eine der Leistungen der Gesellschafter, die Einlage, ab. Wie das vorhin gezeigte Beispiel ergab, kann er aber auch zu großen Ungerechtigkeiten führen ⁷⁴⁾.

Von Godin ⁷⁵⁾ weist noch auf einen weiteren Gesichtspunkt hin, der gegen die Verteilung des Überschusses nach Kapitalkonten spricht. Er argumentiert, ein von den Kapitalanteilen abweichender Gewinnverteilungsschlüssel werde häufig dann vereinbart, wenn bei Eintritt eines Gesellschafters in ein bestehendes Unternehmen schon stille Reserven und ein Geschäftswert vorhanden seien. Der Ausgleich zwischen dem neueintretenden und den vorhandenen Gesellschaftern würde aus steuerlichen Gründen häufig dadurch herbeigeführt werden, daß den bisherigen Gesellschaftern ein verhältnismäßig höherer Gewinnanteil eingeräumt werde. Zu Unrecht würden sie um diesen Vorteil wieder gebracht werden,

73) vgl. jedoch den gesetzlichen Gewinnverteilungsschlüssel bei der Verteilung der Jahresgewinne, § 121 III HGB

74) Diese Gefahr besteht heute häufig deshalb nicht, weil es üblich ist, für die Beteiligung der einzelnen Gesellschafter von Personalgesellschaften feste Kapitalkonten zu bilden, vgl. Buchwald-Tiefenbacher S.39

75) aaO. S. 3512

wenn statt der Verteilung nach Gewinnanteilen die nach Kapitalkonten durchgeführt werde.

Auch führt die Auffassung, daß die Kapitalkonten den Verteilungsschlüssel ausmachen, zu ungesunden Verhältnissen in der Gesellschaft; denn die Gesellschafter, deren Gewinnquote größer ist als ihr Kapitalverhältnis, werden entgegen dem Gesellschaftsinteresse der Bildung von stillen Reserven widersprechen ⁷⁶⁾. Die stillen Reserven würden ihnen später nämlich nach dem für sie ungünstigen Kapitalverhältnis ausbezahlt werden, während sie jetzt als Jahresgewinn nach dem günstigen Gewinnverteilungsschlüssel auszugeben seien.

Nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten erscheint also auch der Verteilungsschlüssel, der die Kapitalkonten zur Grundlage hat, ungerechtfertigt.

c) Die Verteilung nach Gewinnanteilen

Der Gewinnverteilungsschlüssel entspricht am ehesten den Leistungen der einzelnen Gesellschafter; denn unter diesem Aspekt wurde er ja von ihnen selbst vereinbart und in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen. Nur der Gewinnverteilungsschlüssel berücksichtigt den unterschiedlichen Grad der Leistung der einzelnen Gesellschafter sowohl hinsichtlich ihrer Tätigkeit im Unternehmen, wie auch hinsichtlich ihrer Kapitaleinlage und ihres Haftungsrisikos. Er bedeutet regelmäßig eine zusammenfassende Abgeltung für die durch diese Einzelmomente übernommenen Leistungen.

Auf Grund dieser Tatsache ist also davon auszugehen, daß in wirtschaftlicher Hinsicht der Gewinnverteilungsschlüssel am ehesten der Verteilung des Geschäftswerts beim Ausscheiden eines Gesellschafters gerecht werden kann.

2.) Die Betrachtung der Verteilungsschlüssel unter rechtlichen Gesichtspunkten

a) Die Verteilung nach Kapitalkonten

Nach § 738 Abs.1 S.2 BGB ist, wie erörtert, dem ausscheidenden Gesellschafter ein Anteil an dem Erlös, der sich bei einer möglichst vorteilhaften Verwertung des Gesellschaftsvermögens ergeben würde, zu erstatten. § 738 BGB

76) vergl. Barz S.1304

nimmt jedoch zu der Frage der Verteilung dieses Erlöses keine Stellung. Nach seinem - mißverständlichen - Wortlaut ist beim Ausscheiden eines Gesellschafters eine Liquidation zu unterstellen. Das hieße, daß für die oHG und KG und folglich auch für die atypische st.G. die §§ 145 ff. HGB anzuwenden sind. Demzufolge müßte beim Ausscheiden § 155 Abs.1 HGB berücksichtigt werden, wonach das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft nach dem Verhältnis der Kapitalanteile, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben, unter die Gesellschafter zu verteilen ist.

Diese Vorschrift hat in Rechtsprechung ⁷⁷⁾ und Schrifttum ⁷⁸⁾ zu der Auffassung geführt, das HGB verlange eine Überschußverteilung nach Maßgabe der Kapitalanteile. Weil das von den meisten Autoren als unbillig angesehen wurde, wollte man nicht diese Bestimmung, sondern § 734 BGB, wonach der Überschuß nach dem Verhältnis der Gewinnanteile zu verteilen ist, anwenden ⁷⁹⁾. Diese Überlegungen beruhen jedoch auf einer falschen Auslegung des § 155 HGB.

b) Die Verteilung nach Gewinnanteilen

Man ist sich heute in Rechtsprechung ⁸⁰⁾ und Literatur ⁸¹⁾ einig, daß nur die Verteilung des Geschäftswertes nach Maßgabe der Gewinnanteile richtig ist. Nicht einig ist man sich aber in der Frage, ob man zu diesem Ergebnis über § 155 HGB oder über § 734 BGB kommen kann. Gegen § 155 HGB wird angeführt, daß er eine durchgeführte Liquidation und deren Niederschlag in den Büchern voraussetze. Beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer fortbestehenden Gesellschaft sei aber gerade ersteres nicht der Fall, weshalb auch die Folge hiervon - die Verbuchung - nicht gegeben sein könne ⁸²⁾.

77) vergl. RG 114, 131 (135); RG JW 36, 3118

78) vergl. Koehler S.62; Barz S.1303 f.; Sudhoff S.225; Bach S.3119

79) Anderer Ansicht nur Bach S.3118 ff.

80) vergl. RG JW 36, 3118; BGHZ 17, 130 (133); BGHZ 19, 42 (47)

81) vergl. Weipert Anm.34 zu § 138; Schlegelberger-Geßler Anm.22 zu § 138; Schubert S.78 f.; von Godin S.3512 f.; Schwarze S.50 f.; Sudhoff S.254 f.; Hueck oHG S.294 u.a.

82) vergl. von Godin S.3513; Koehler S.62; Sudhoff S.255.

Dem ist entgegenzuhalten, daß auch § 734 BGB von einer Liquidation ausgeht und für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die gleiche Bedeutung hat wie § 155 HGB für die oHG und KG.

Gegen die Anwendung des § 155 HGB wird weiter vorgebracht, daß eine Bestimmung über die Auseinandersetzung im HGB fehle und über § 105 Abs.2 HGB deshalb auf das BGB zurückgegriffen werden müsse. Wenn man aber auf die Bestimmungen des BGB verwiesen sei, dann dürfe man sie nicht bruchstückweise, sondern nur insgesamt - soweit sie die Auseinandersetzung berührten - anwenden⁸³⁾. Daher sei neben § 738 BGB auch § 734 BGB bei der Auseinandersetzung einer oHG heranzuziehen.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. § 105 Abs.2 HGB verweist, da für die Auseinandersetzung der oHG im HGB keine Vorschriften enthalten sind, auf die Bestimmungen des BGB. Für die Auseinandersetzung einer oHG hat mithin, wie wiederholt ausgeführt, § 738 BGB zu gelten. Bei der Auslegung dieser Bestimmung ist aber § 734 mitzuberücksichtigen.

Es ist also davon auszugehen, daß nicht die Bestimmung des § 155 HGB, sondern die des § 734 BGB für die Berechnung der Anteile der Gesellschafter am Überschuß, und also auch am Geschäftswert, maßgebend ist.

Im Ergebnis macht es übrigens keinen Unterschied, ob § 155 Abs.1 HGB oder § 734 BGB angewandt wird; denn der vom RG⁸⁴⁾ und Bach⁸⁵⁾ herausgearbeitete Unterschied zwischen diesen beiden Bestimmungen ist nicht vorhanden. Die Verschiedenheit beider Vorschriften ist nur eine äußere. Im BGB ist von Einlagen, im HGB dagegen von Kapitalanteilen die Rede. Das beruht jedoch allein auf der verschiedenen Technik der Bilanzaufstellung⁸⁶⁾.

Daraus erhellt, daß die Auffassung, nach der § 155 Abs.1 HGB fordere, den Überschuß nach Maßgabe der Kapitalanteile zu verteilen, unrichtig ist⁸⁷⁾. Vielmehr ist es so, daß die Ver-

83) so Koehler S.63

84) RGZ 114, 131 (135)

85) aaO. S.3119

86) vergl. Hueck, oHG, S.294; von Godin S.3513; Schubert S.79

87) so aber Bach S.3119 und Weipert, 1.Aufl., Anm.34 zu § 138

teilung nach Kapitalanteilen erst erfolgt, nachdem der Überschuß den Gesellschaftern entsprechend ihren Gewinnanteilen auf das Kapitalkonto gutgeschrieben ist ⁸⁸⁾.

Sowohl nach dem HGB als auch nach dem BGB ist es demnach nur richtig, den Überschuß entsprechend der Gewinnanteile auszu zahlen. Für die Überschußverteilung bei der oHG, KG und der atypischen stillen Gesellschaft ist es jedoch dogmatisch nur gerechtfertigt, von § 734 BGB auszugehen. Das heißt also, der Überschuß des Ertragswertes gegenüber dem Buchwert, in dem auch der Geschäftswert enthalten ist, wird bei Aufstellung der Schlußbilanz auf die Gesellschafter nach dem Gewinnverteilungsschlüssel aufgeteilt und danach wird das Gesellschaftsvermögen an die einzelnen Gesellschafter nach Maßgabe ihrer so ermittelten Kapitalkonten ausgeschüttet ⁸⁹⁾.

Dieses Ergebnis ist auch unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes gerechtfertigt, daß der Überschuß im wesentlichen auf den im Unternehmen steckenden stillen Reserven und Geschäftswert beruht.

Wären die stillen Reserven jährlich nicht gelegt worden, so wären sie als laufender Jahresgewinn nach dem Gewinnschlüssel zu verteilen gewesen. Wenn die stillen Reserven erst bei der Auseinandersetzung aufgelöst werden, so haben sie nicht ihren Charakter als Gewinn des Unternehmens verloren und müssen deshalb auch nach Jahren entsprechend dem Verhältnis der Gewinnanteile verteilt werden. Für den Geschäftswert hat das Gleiche

88) vergl. BGHZ 17, 130 (133); Hueck, oHG S.294; Weipert Anm.34 zu § 138; von Godin S.3512 f.; Schubert S.79 f.; Schwarze S.50

89) Die Anwendung von § 734 BGB bejahen ebenfalls: RGZ 114, 131 (135); RG JW 36, 3118; RG DR 41, 1301; BGHZ 19, 42 (47) f.; Hueck, oHG S.294 und S.336; von Godin S.3513; Koehler S.62 f.; Tittel S.182; Barz S.1304; Sudhoff S.255

Im Ergebnis ebenfalls für die Anwendung des Gewinnverteilungsschlüssels, jedoch ohne die Differenzierung zwischen §§ 734 BGB und 155 HGB: Schlegelberger-Geßler Anm.22 zu § 138; Duden Anm.4 D zu § 138; BGHZ 17, 130 (133).

Der Verteilung nach dem Gewinnverteilungsschlüssel stimmen ferner zu, jedoch unter Anwendung von § 155 HGB: Schwarze S.50; Schubert S.79

zu gelten, weil er das Ergebnis der innerhalb der Gesellschaft geleisteten Tätigkeit ist, welches sich im Gewinn ausdrücken soll ⁹⁰⁾.

Bach ⁹¹⁾ führt hiergegen aus, daß sowohl die stillen Reserven als auch der Geschäftswert Vermögensposten seien und deshalb in der Auseinandersetzungsbilanz, die ja eine Vermögensbilanz sei, zu erscheinen hätten. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben sei aber ein einheitlicher und es könne deshalb zur Verteilung dieser Posten nicht der Maßstab gewechselt werden, d.h. einmal der Vermögensverteilungsmaßstab und dann der Maßstab für die Verteilung des jährlichen Gewinns Anwendung finden. Der Gewinnschlüssel sei bei der OHG nur zur Verteilung des Jahresgewinnes, also für den Gewinn einer abgegrenzten Rechnungsperiode gedacht. Werde der jährliche Gewinn nicht ausgeschüttet, so werde er dadurch zum Vermögen und sei wie dieses zu verteilen. Diese Auffassung ist nicht richtig. Die Nichtverteilung des Gewinns am Jahresende verändert nichts am Charakter desselben als echtem Betriebsgewinn. Jederzeit wäre ja, wie unter C III. 1.) erläutert, die Auflösung der stillen Reserven möglich. Niemand würde bezweifeln, daß sie dann nach dem Gewinnverteilungsschlüssel zu verteilen sind. Es ist nicht einzusehen, warum das anders sein soll, wenn die stillen Reserven erst bei der Auseinandersetzung aufgelöst werden. Der BGH ⁹²⁾ führt denn auch richtig aus, daß bei der Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens die Herkunft der stillen Reserven als Betriebsgewinn und nicht ihre augenblickliche Funktion als Gesellschaftskapital zu berücksichtigen sei. Deshalb habe für sie der Gewinnverteilungsschlüssel zur Anwendung zu kommen.

Gleiches muß auch für den Geschäftswert gelten, weil er die Folge von Mehrerträgen ist und die Grundlage für die zu erzielenden und erzielten Gewinne darstellt.

90) vergl. Barz S.1303 f.; Staub-Pinner Anm.5 zu Anh. zu § 141; Düringer-Hachenburg Anm.10 zu § 138; Schlegelberger-Geßler Anm. 22 zu § 138; Hueck OHG S.294; BGHZ 19, 42 (47).

91) aaO. S.3119

92) BGHZ 19, 42 (47)

Tittel 93) will dieses Ergebnis mit einer weiteren Überlegung stützen, indem er das sogenannte Kongruenzprinzip anwendet. Seine Argumentation bringt aber gegenüber dem vorher Gesagten nichts wesentlich Neues. Das sogenannte Kongruenzprinzip besagt im Ergebnis nämlich nur, daß das, was früher - zum Teil unerkannt - als Erfolg zu werten und demnach nach dem Gewinnschlüssel zu verteilen war, auch am Ende der Gesellschaft nach diesem Schlüssel auszuschütten ist. Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß der Anteil eines aus einer OHG, KG und einer atypischen st.G. ausscheidenden Gesellschafters am Geschäftswert sowohl unter wirtschaftlichen als auch unter rechtlichen Gesichtspunkten nach dem Gewinnverteilungsschlüssel zu berechnen ist.

3.) Die Berechnung des Anteils am Geschäftswert bei wechselndem Gewinnverteilungsschlüssel

Es ist denkbar, daß die Gesellschafter bei Gründung der Gesellschaft oder auch zu einem späteren Zeitpunkt eine verschieden hohe Gewinnbeteiligung für die einzelnen Gesellschafter in den verschiedenen Geschäftsperioden vereinbaren. Z.B. soll bei einer Zweimann-OHG der Gesellschafter A im ersten Jahr im Verhältnis zu B wie $1/3 : 2/3$ am Gewinn beteiligt werden. Vom 2. Jahr an arbeitet A in der Gesellschaft mit, der Verteilungsschlüssel soll nun im Verhältnis zu B $1/2 : 1/2$ betragen, im 8. Jahr bringt A nochmals eine Einlage ein, deshalb soll er ab jetzt im Verhältnis zu B wie $2/3 : 1/3$ am Gewinn teilhaben. Im 10. Jahr scheidet A aus. Nun fragt sich, wie der Gesamtüberschuß des Unternehmens verteilt werden muß.

Die Gesellschafter sind, wie ausgeführt, deshalb nach dem Maßstab der Gewinnanteile am Geschäftswert zu beteiligen, weil dieser Wert als Gewinn eines einzelnen Jahres auch nach diesem Maßstab zu verteilen gewesen wäre. Konsequenter wäre es, wenn im Falle des wechselnden Gewinnverteilungsschlüssels genau auf den Erfolg der einzelnen Geschäftsperioden abgestellt würde und dieser Einzelerfolg nach dem damals jeweils geltenden Gewinnschlüssel verteilt würde.

93) aaO. S.182 f.

Dieser Modus stößt aber auf große praktische Schwierigkeiten. Die Ermittlung des Gesamtanteils am Geschäftswert würde die Feststellung der einzelnen Jahresgewinne, die Ermittlung des Gewinnanteils hiervon und die Addition der der Anzahl von Geschäftsjahren entsprechenden Zahl von Gewinnanteilen zur Voraussetzung haben. Obwohl diese Werte in einem gut geführten Unternehmen selbst nach Jahren noch feststellbar sein müßten, kann es den verbleibenden Gesellschaftern m.E. aus Gründen der Zweckmäßigkeit nicht zugemutet werden, diese eventuell sehr komplizierte Berechnung durchzuführen. Vielmehr muß für den gesamten Überschuß der zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters geltende Verteilungsschlüssel angewandt werden. Man wird nämlich sagen können, daß die Gesellschafter dadurch, daß sie jeweils die Gewinne nicht voll zur Ausschüttung brachten, zwar nicht darauf verzichteten, daß die Gewinne nach dem Gewinnverteilungsschlüssel, jedoch darauf, daß sie nach dem jeweils geltenden Gewinnschlüssel verteilt werden. D.h., durch die Rückstellung der jeweiligen Gewinne haben die Gesellschafter zugestimmt, daß die Verteilung des Gesamtüberschusses nach dem zur Zeit des Ausscheidens geltenden Gewinnschlüssel durchgeführt werde ⁹⁴⁾.

4.) Der Verlustverteilungsschlüssel

Unter C IV. 7.) wurde ausgeführt, daß der Gesellschafter, der am positiven Geschäftswert teilnimmt, auch die Lasten des negativen Geschäftswerts mittragen soll. Es erhellt, daß diese Verteilung nicht nach dem Maßstab der Kapitalkonten, sondern nach dem der Verlustverteilung zu erfolgen hat. Die Argumente hierfür sind die gleichen wie die für den Gewinnverteilungsschlüssel bei über dem Buchwert liegendem Liquidationserlös.

Sollten die Gesellschafter einen besonderen Verlustverteilungsschlüssel vereinbart haben, dann hat dieser zu gelten. Sollte das nicht der Fall sein, dann muß der Gewinnverteilungsmaßstab mit umgekehrtem Vorzeichen angewandt werden ⁹⁵⁾. Daraus folgt, daß der Verlust, in welchem der negative Ge-

94) vergl. Hueck oHG S.294 Anm. 59

95) vergl. BGH BB 60 S.14 f.; Weipert Anm.2 zu § 336

schäftswert enthalten ist, den einzelnen Gesellschaftern nach dem Maßstab ihrer Verlustbeteiligung auf ihrem Kapitalanteil abzuschreiben ist. Danach ist der dem ausscheidenden Gesellschafter zukommende Geldbetrag festzustellen.

E) Weitere Einzelheiten betreffend die Ermittlung des Geschäftswertes

I. Die an der Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz beteiligten Personen

Das Gesetz gibt keine Auskunft darüber, wer an der Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz mitzuwirken hat, bzw. mitwirken darf. Deshalb wird man grundsätzlich davon ausgehen können, daß alle Gesellschafter, auch der ausgeschiedene, daran teilnehmen dürfen; denn der ausgeschiedene Gesellschafter hat ein gleich großes Interesse wie die verbleibenden daran, daß bei der Bewertung der einzelnen Güter wie auch des Geschäftswertes ein möglichst objektiver Maßstab gewahrt wird. Der ausgeschiedene Gesellschafter kann sich insbesondere die Geschäftsbücher und Unterlagen der Gesellschaft vorlegen lassen und evtl. unter Zuziehung eines Sachverständigen prüfen ¹⁾. Nicht an der Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz beteiligt ist der die Gesellschaft kündigende Gläubiger eines Gesellschafters. Diesem Dritten steht sowohl aus gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, die ja selbst für den ausgeschiedenen Gesellschafter keine Geltung mehr haben, wie auch aus § 810 BGB kein Recht zur Teilnahme an der Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz zu. Die Gesellschafter brauchen sich das Eindringen eines Dritten nicht bieten zu lassen.

Ist ein Gesellschafter durch seinen Tod ausgeschieden, so hat das Recht, an der Aufstellung der Bilanz mitzuwirken, sein Erbe. Sind mehrere Erben vorhanden, so haben sie dieses Recht durch einen gemeinsamen Vertreter auszuüben (§ 146 Abs.1 S.2 HGB). An Stelle des in Konkurs gefallenen Gesellschafters hat das gleiche Recht der Konkursverwalter, wie sich aus § 146 Abs.3 HGB ergibt.

1) vergl. RGZ 25,88 f.; OLG Hamburg OLGE 36, 272 f.; Hueck oHG S.294; Schlegelberger-Geßler Anm.23 zu § 138; Weipert Anm. 18 zu § 138.

Der BGH ²⁾ ist der Auffassung, daß die Frage, wer an der Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz mitzuwirken hat bzw. mitwirken dürfe, nicht generell gelöst werden könne. Er macht die Beteiligung an der Errichtung der Auseinandersetzungsbilanz von den jeweiligen Verhältnissen in der Gesellschaft abhängig und läßt nur den Gesellschafter mitwirken, der aus dem Kreis der Beteiligten am ehesten dazu in der Lage ist. Nach seiner Ansicht sind das im Regelfall die verbleibenden Gesellschafter.

Dieser Entscheidung kann nicht zugestimmt werden. Sie erzeugt nur neue Schwierigkeiten. In Zukunft werden sich der ausscheidende und die verbleibenden Gesellschafter nicht erst über die Richtigkeit der in die Auseinandersetzungsbilanz aufzunehmenden Werte streiten, sondern auch über das Recht zur Mitwirkung an der Errichtung der Auseinandersetzungsbilanz ³⁾.

Im übrigen ist nicht gewährleistet, daß die Auseinandersetzungsbilanz wirklich objektiven Maßstäben gerecht wird, wenn nur die verbleibenden Gesellschafter an ihrer Errichtung mitwirken dürfen. Es ist m.E. für die verbleibenden Gesellschafter durchaus zumutbar, daß der Ausscheidende die Bücher und Unterlagen einsehen darf, die den Geschäftsgang zur Zeit seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft registrieren. Nach meiner Ansicht hat also die Feststellung des Auseinandersetzungsguthabens durch die verbleibenden wie auch den ausgeschiedenen Gesellschafter zu erfolgen.

Ein stiller Gesellschafter hat an der Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz nicht mitzuwirken ⁴⁾. Darauf kommt es jedoch auch nicht an, weil nach der hier vertretenen Auffassung der Stille ohnedies am Geschäftswert nicht teilhat. Der stille Gesellschafter einer atypischen st.G. dagegen darf m.E. wie ein offener Gesellschafter an der Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz mitwirken, da er ja im Innen-

2) BGH in Lindenmaier-Möhring Nr. 6 zu § 138 HGB

3) M.E. ist die Teilnahme an der Bilanzerrichtung nicht so sehr eine Pflicht der Gesellschafter - so aber Hueck, OHG (Anm. 60 auf S. 294) -, als vielmehr ein Recht derselben; denn derjenige, der die Auseinandersetzungsbilanz aufstellen darf, hat damit evtl. die Möglichkeit, sich persönliche Vorteile zu verschaffen.

4) vergl. Paulick S. 218; Koenigs S. 286

verhältnis wie ein Gesellschafter einer oHG zu stellen ist.

II. Der Stichtag für die Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz

Der für die Errichtung der Auseinandersetzungsbilanz maßgebliche Termin ist der Tag des Ausscheidens des Gesellschafters ⁵⁾. Mit diesem Zeitpunkt verliert der Ausscheidende nämlich seine Gesellschaftereigenschaft und mithin das Gesamthandseigentum am Gesellschaftsvermögen. Den Verbleibenden wächst mit diesem Tag der Anteil des Ausscheidenden zu. Maßgebend ist also die Vermögenslage zum Zeitpunkt des Ausscheidens. Anders ist es im Falle der Ausschließung eines Gesellschafters. Hier ist nicht die Rechtskraft des Urteils und auch nicht der Zeitpunkt ausschlaggebend, an welchem der Ausgeschlossene den zum Ausschluß führenden Grund gab. Entscheidend ist der Tag der Klageerhebung (§ 140 Abs. 2 HGB), also der Termin, an welchem die Mitgesellschafter nach außen erkennbar das Verhalten des nunmehr Ausgeschlossenen mißbilligten.

Genauso ist bei der Kündigung eines stillen Gesellschafters aus wichtigem Grund der Zeitpunkt maßgebend, an dem die Kündigungsverklärung wirksam wurde ⁶⁾.

III. Der Zeitpunkt der Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß gemäß § 271 BGB der Anspruch des Ausgeschiedenen sofort nach Feststellung der Höhe des Auseinandersetzungsguthabens fällig ist. Unter B II 1.) wurde jedoch ausgeführt, daß aus Gründen der Erhaltung der Gesellschaft, was dem Prinzip der Gerechtigkeit gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern entspricht, gemäß § 242 BGB die Auszahlung der Abfindungssumme in Raten erfolgen kann. Würde nämlich der Fortbestand der Gesellschaft bei sofortiger, vollständiger Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens gefährdet sein, dann erscheint es berechtigt, daß das Gericht Ratenzahlungen - gegebenenfalls unter Sicherheitsleistung - zuläßt ⁷⁾.

5) Schlegelberger-Geßler Anm. 17 zu § 138; Koenigs S. 286

6) vergl. Weipert Anm. 6 zu § 340.

7) vergl. RG HRR 1939, 937; Hueck oHG S. 296; Weipert Anm. 37 zu § 138

Das erscheint auch voll gerechtfertigt; denn nicht nur dem Ausscheidenden, sondern auch den Verbleibenden soll das Ausscheiden eines Gesellschafters keine besonderen Nachteile bringen. Müßten die verbleibenden Gesellschafter bei Ausscheiden eines Mitgesellschafters immer sofort den vollen Abfindungsbetrag entrichten, so würden sie, wenn sie erkennen, daß die Gesellschaft dadurch illiquide wird, die Gesellschaft sicher lieber auflösen, wodurch der nunmehr ausscheidende Gesellschafter nur noch einen geringeren und wahrscheinlich auch nicht früher auszahlbaren Anteil erhielte.

Es ist daher richtig, der Gesellschaft, wenn es zur Sicherung ihres Fortbestandes nötig ist, Zahlungsfristen zu bewilligen, jedoch nur insoweit, als sie nach Treu und Glauben allen Beteiligten zugemutet werden können. Es muß also eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Gesellschaft auf ihren Fortbestand und den Interessen des Ausscheidenden auf sofortige Auszahlung des ihm zustehenden Geldbetrages stattfinden. Kann aus einem bestimmten Grunde dem Ausgeschiedenen die Stundung nicht oder nicht mehr zugemutet werden, so wird der ganze Betrag sofort fällig. Bis zu diesem Zeitpunkt der Auszahlung ist das Guthaben des Ausgeschiedenen mit 5 % zu verzinsen (§§ 352, 353 HGB), da die Auseinandersetzung ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist⁸⁾. Ob nach beschlossener Ratenzahlungsvereinbarung die Gesellschaft auf einmal und vorzeitig den gesamten Abfindungsbetrag zurückzahlen kann, richtet sich nach den Umständen. Das wird jedenfalls dann nicht zu bejahen sein, wenn der Ausgeschiedene eine besonders hohe Verzinsung gewährt bekam und mithin ein Interesse am Fortbestehen der Forderungssumme hat.

8) vergl. Schlegelberger-Geßler Anm. 25 zu § 138;
Düringer-Hachenburg Anm. 15 zu § 138;
Weipert Anm. 20 zu § 138.

F) Zusammenfassung

Mit vorliegender Arbeit wurde versucht, aus der Vielzahl von Meinungen zu den einzelnen hier in Rede stehenden Punkten die dem Gesetz entsprechende und den beteiligten Interessen am ehesten gerecht werdende Auffassung herauszufinden. Wo es richtig und möglich erschien, wurde eine gänzlich neue Ansicht vorge-
tragen.

Im wesentlichen wurden 3 Kernfragen behandelt:

1. Wie errechnet man den Geschäftswert?
2. Welchem Gesellschaftertypus muß bei seinem Ausscheiden ein Anteil am Geschäftswert gewährt werden?
3. Welcher Verteilungsmaßstab ist für die Berechnung des Geschäftswertanteiles der richtige?

Bei der Frage 1) wurde davon ausgegangen, daß der Geschäftswert mittels der indirekten Methode festzustellen ist. Der Gesamtwert wurde als das Mittel zwischen Zukunftsertrags- und Substanzwert angesehen. Es wurde überlegt, daß der Ertragswert für sich alleine ein zu unsicherer Wert ist, als daß nur er den Gesamtwert eines Unternehmens darstellen könnte. Da der Substanzwert sich demgegenüber verhältnismäßig klar feststellen läßt, wurde zur Annäherung der beiderseitigen Interessen (ausscheidender-verbleibende Gesellschafter) das Mittel aus beiden Werten gebildet. Bei der Beantwortung der Frage, welcher Gesellschaftertypus bei seinem Ausscheiden einen Anspruch auf Geschäftswertbeteiligung hat, wurde vorwiegend von dem Kriterium der Vermögensbeteiligung ausgegangen. Wer am Vermögen einer Gesellschaft beteiligt ist, ist auch an deren Geschäftswert beteiligt. Wer aber zum Zeitpunkt des Bestehens der Gesellschaft einen Anteil am Geschäftswert besitzt, soll mit seinem Ausscheiden dafür entschädigt werden, daß dieser Geschäftswertanteil den verbleibenden Gesellschaftern zuwächst. Wer dagegen zum Zeitpunkt seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft nicht am Geschäftswert teilhat, verliert bei seinem Ausscheiden insoweit nichts, wofür ihm eine Abfindung zu zahlen wäre. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze wurde das Ergebnis erzielt, daß ein Gesellschafter einer OHG und ein Kommanditist beim Ausscheiden aus einer Gesellschaft für den Anteil am Geschäftswert, den er

den verbleibenden Gesellschaftern überlassen muß, abzufinden ist. Ein stiller Gesellschafter jedoch soll nicht am Geschäftswert beteiligt sein. Anders ist es nur beim stillen Gesellschafter einer sogenannten atypischen stillen Gesellschaft, der wie ein Gesellschafter einer OHG oder wie ein Kommanditist zu stellen ist.

Die 3. Frage, welcher Verteilungsschlüssel für den Anteil am Geschäftswert anzuwenden ist, wurde dahin beantwortet, daß der Gewinnverteilungsschlüssel zu gelten habe, weil der Geschäftswert als Erfolg der einzelnen Geschäftsperioden auch nach diesem Maßstab zu verteilen gewesen wäre.

Es wurde darauf gesichtet, bei Erörterung der 3 genannten Hauptfragen möglichst viele Autoren und höchst richterliche Entscheidungen wiederzugeben und zu verwerten. Dabei war zu erkennen, daß Wissenschaft und Rechtsprechung ständig dem Ziel, befriedigende Lösungen zu finden, näher kommen, daß die letzte Klarheit jedoch noch fehlt. Der Streit über die einzelnen Punkte ist also noch keineswegs zu Ende. Besonders die beiden erstgenannten Probleme werden noch einige Zeit Gegenstand der Auseinandersetzung sein. Gerade deshalb erscheint das, worauf viele Autoren hinweisen, besonders wichtig: Die möglichen Streitfragen sollen in Gesellschaftsverträgen von vornherein durch entsprechende Vereinbarungen ausgeräumt werden.

L e b e n s l a u f

Am 12. Oktober 1934 wurde ich in Mannheim als Sohn des Obergeringieurs Albert Offerhaus und seiner Ehefrau Helene, geb. Schuler, geboren.

Die Volksschule besuchte ich von 1941 - 1943 in Mannheim und von 1943 - 1944 in Egenhausen (Schwarzwald). 1946 trat ich in die Albertus- Magnus- Schule (Realgymnasium) in Viernheim (Hessen) ein. Dort bestand ich im Frühjahr 1954 die Reifeprüfung.

Mit dem Sommersemester 1954 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Göttingen. Im Sommersemester 1956 studierte ich in Tübingen. Danach setzte ich mein Studium an der Universität Heidelberg fort, an welcher ich im Frühjahr 1958 die erste juristische Staatsprüfung ablegte. Im Mai 1959 immatrikulierte ich mich an der Universität Mainz, wo ich mich für zwei weitere Semester dem Studium der Rechtswissenschaften widmete.

Zur Zeit befinde ich mich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 25. Juli 1961

August 1961

Klaus Offerhaus

